

24

3

# Revue

der

# Gerichtspraxis im Gebiete

des

# Bundescivilrechts.

XI. Band.

---

# Revue

de la

# jurisprudence en matière

de

# droit civil fédéral.

XIe Volume.

Basel.
R. Reich vormals C. Detloff's Buchhandlung
1893.

# Revue

der

# Gerichtspraxis im Gebiete

des

# Bundescivilrechts.

XI. Band.

---

# Revue

de la

# jurisprudence en matière

de

# droit civil fédéral.

XI[e] Volume.

Beilage zur Zeitschrift für schweizerisches Recht, Neue Folge, Band XII.

Basel.
R. Reich vormals C. Detloff's Buchhandlung.
1893.

## A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

1. *Art. 27 B.-Ges. betr. die Organisation der Bundesrechtspflege. Kann das Bundesgericht als Schiedsgericht angerufen werden?*

Das Bundesgericht kann als solches, als Behörde, schiedsrichterliche Mandate nicht annehmen, da Verfassung und Gesetzgebung des Bundes es dazu weder berechtigen noch verpflichten. (Entsch. v. 30. Sept. 1892 i. S. Grenus & Cons. c. Eidg. Bank.)

---

2. *Art. 29 B.-Ges. betr. Organis. der Bundesrechtspflege. Bestimmung des Streitwertes nach den Rechtsbegehren bei teilweiser Tilgung einer Forderung durch eine Gegenforderung.*

M. & Cie. haben gegen W. auf Zahlung von Fr. 2286.60 geklagt, indem sie anbrachten: W. schulde ihnen aus Waarenlieferungen restlich Fr. 3106.35. Dagegen habe er ein Guthaben von Fr. 819.75, so dass er ihnen noch Fr. 2286.60 schulde. Dagegen wendete W. ein: Seine Schuld für Waarenlieferungen betrage blos Fr. 2368.05. Dagegen belaufe sich sein Guthaben auf Fr. 8000, wovon seine Bezüge von Fr. 4800 und die obige Schuld von Fr. 2368.05 abzuziehen seien, so dass ihm W. & Cie. noch Fr. 832 schulden. Diesen Betrag sowie eine Konventionalstrafe von Fr. 2000 wegen Verletzung des Anstellungsvertrages machte W. widerklagsweise geltend. Das B.-Gericht erklärte die gegen das kantonale Urteil von W. gemäss Art. 29 Organisationsgesetzes ergriffene Berufung unzulässig. Gründe: Wie das Bundesgericht stets festgehalten hat, ist das Vorhandensein des gesetzlichen Streitwerts gemäss Art. 29 O. G. an der Hand der Rechtsbegehren der Parteien zu beurteilen. Massgebend ist, gemäss Art. 29 Abs. 2 leg. cit., der Betrag, welcher bei dem letzten Entscheide der kantonalen Gerichte noch streitig war. Ebenso hat das Bundesgericht stets festgehalten, dass eine Zusammenrechnung des Streitbetrages von Vor-

ɜrklage unstatthaft sei (wogegen allerdings dann, schen Vor- und Widerklage ein Präjudicialverhältnis lie Kompetenz des Bundesgerichtes sich auf beide ɾstreckt, sofern auch nur eine derselben den ge- Streitwert erreicht). Danach ist hier der gesetz- ɜitwert nicht gegeben, da weder mit der Vor- noch Widerklage ein Betrag von Fr. 3000 gefordert wird, ide Parteien davon ausgingen, ihre Forderung sei, als sie sich mit dem anerkannten Teile der Gegen- decke, durch Verrechnung getilgt. (Entsch. v. 7. Okt. . Müller & Cie c. Wüthrich.)

---

*ɾt. 29 B.-Ges. betr. die Organis. der Bundesrechtspflege; e über Erledigung des Zivilpunktes im Adhäsionsver-*

ie kantonalen Gerichte befugt sind, im Strafver- ichzeitig auch den Zivilpunkt endgültig zu erledigen, ɾage des kantonalen Prozessrechts, welche sich der ıng des Bundesgerichtes als Civilgerichtshof entzieht. v. 15. Oktober 1892 i. S. Wallbaum Goulden & Cie. ..)

---

*ɾt 29 B-Ges. betr. Organisation der Bundesrechtspflege 4 O. R. 1) Verweisung des Zivilanspruches durch den ɾ auf den Zivilweg; Unanfechtbarkeit. 2) Haftpflicht ne für den durch ihre Beamten verursachten Schaden, les Recht.*[1])

at der Strafrichter über die im Adhäsionsverfahren gemachten Entschädigungsansprüche nicht materiell ɲ, sondern deren Geltendmachung an den Zivil- ɜrwiesen, so entzieht sich diese Entscheidung als prozessuale, kein die Sache selbst materiell er- s Hauptorteil, nach Art. 29 des O. G. der Nach- ɛs Bundesgerichtes.

ie Verantwortlichkeit des Staates für nicht einem ɩetrieb angehörige rechtswidrige Handlungen seiner richtet sich nicht nach dem eidgenössischen O. R., ach dem kantonalen öffentlichen Rechte und daher ist, nales und nicht eidgenössisches Recht massgebend Bundesgericht in solchen Streitsachen als Rechts-

---

evue III. Nr. 8; IV. Nr. 39, 82; VIII. Nr. 54.

mittelinstanz gemäss Art. 29 des O. G. nicht kompetent. Dass der Entschädigungsanspruch gegen den Staat gemäss Art. 27 des O. G. direkt beim Bundesgerichte hätte anhängig gemacht werden können, und in diesem Falle das B.-Gericht, als einzige Instanz, ohne Rücksicht auf die Anwendbarkeit kantonalen oder eidgenössischen Rechts kompetent gewesen wäre, ist unerheblich. Für die Kompetenz des Bundesgerichtes als Oberinstanz in Zivilsachen ist in allen Fällen, auch wenn die eine Partei ein Kanton ist, Art. 29 des O. G. massgebend, d. h. die Kognition des Bundesgerichtes beschränkt sich auf Sachen eidgenössischen Rechts. (Entsch. v. 9. September 1892 i. S. Eheleute Müller c. Luzern.)

---

5. *Räumliche Herrschaft der Rechtsnormen betreffend die Cession.*

M. K. & Cie. in Paris belangten den K. für eine Kaufpreisforderung für Baumwolle, welche K. bei P. & Cie. in Nordamerika gekauft hatte. P. & Cie. hatten für die Forderung einen Wechsel gezogen und ihn an Sch. & R. in New-York indossiert, welche ihn an die Kläger weiter indossierten. K. verweigerte die Annahme und Zahlung des Wechsels. M. K. & Cie. stützten ihre Klage darauf, dass ihnen mit dem Wechsel auch die Fakturakopie, das indossierte Konnossement und der Originalschlusszeddel über den Kauf behändigt worden sei, worin eine Abtretung der Kaufpreisforderung liege. In Frage kam in erster Linie, nach welchem Rechte zu beurteilen sei, ob die Kaufpreisforderung an Kläger übergegangen sei. Hierüber sprach sich das Bundesgericht folgendermassen aus: Diejenigen Handlungen, in welchen die Kläger eine Abtretung der Forderung an sie erblicken, die Indossierung des Wechsels und die Übersendung des Konnossements u. s. w. von P. & Cie. durch Vermittlung des Maklers B. an Sch. und R. und von diesem an das klägerische Bankhaus, sind in den Vereinigten Staaten von Amerika vorgenommen worden, und es sind die Cedenten, von welchen die Kläger ihre Rechte herleiten, in den Vereinigten Staaten von Amerika domiziliert. Demnach ist denn aber die streitige Frage nicht nach schweizerischem, sondern nach amerikanischem Rechte zu beurteilen. Denn: die Abtretung von Forderungen berührt einerseits die zwischen dem Cedenten und dem Schuldner der abzutretenden Forderung begründete Obligation, andrerseits erscheint sie als selbständiges Rechtsgeschäft zwischen Cedenten und Cessionar. In ersterer Rich-

tung muss offenbar dasjenige Recht massgebend bleiben, welches die ursprüngliche Obligation beherrscht. Als selbständiges Rechtsgeschäft zwischen Cedenten und Cessionar dagegen untersteht die Abtretung nicht schlechthin dem Ortsrechte der abzutretenden Obligation, sondern es entscheidet über ihre Voraussetzungen und Wirkungen (z. B. über die Haftung des Cedenten und drgl.) dasjenige Ortsrecht, unter dessen Herrschaft eben das selbständige Cessionsgeschäft steht, d. h. in der Regel das Recht des Wohnortes des Cedenten; es gilt auch rücksichtlich ihrer Form der Grundsatz locus regit actum. Es darf hiefür darauf hingewiesen werden, dass nach Art. 882 Abs. 3 O. R. die Übertragung älterer Forderungen in der Zeit nach Inkrafttreten des O. R. sich nach neuem Rechte richtet, so dass also hier das Gesetz die Abtretung als selbständiges Rechtsgeschäft, als selbständige juristische Thatsache, behandelt. Demnach ist denn Vorhandensein und Gültigkeit einer angeblich am Wohnorte des Gläubigers vorgenommenen Abtretung einer Forderung, welche einem ausländischen Gläubiger an einen inländischen Schuldner zusteht, nach ausländischem und nicht nach einheimischem Rechte zu beurteilen. Dagegen darf allerdings durch eine solche Cession die Stellung des Schuldners der abgetretenen Forderung in keiner Weise erschwert werden. Die Stellung des Schuldners bleibt, insoweit derselbe ein rechtliches Interesse daran besitzt, auch nach stattgefundener Cession durch dasjenige Recht beherrscht, welches für die abzutretende Forderung von Anfang an massgebend war. Eine nach einheimischem Rechte gültige Zahlung an den ursprünglichen Gläubiger z. B., welche der Schuldner vor Empfang der Cessionsanzeige in gutem Glauben geleistet hat, bleibt gültig, auch wenn sie dies nach dem ausländischen Rechte nicht sein sollte; vrgl. v. Bar, Theorie und Praxis des internat. Privatrechts II S. 79, Lehrbuch des internationalen Privat- und Strafrechts S. 116 und ff.[1]) Im vorliegenden Falle nun liegt einzig im Streite, ob eine wirksame Abtretung der Forderung des ursprünglichen Gläubigers an die Kläger stattgefunden habe, diese also zur Sache legitimiert seien: irgendwelche Erschwerung der Stellung des Schuldners infolge der behaupteten Cession steht gar nicht in Frage. Demnach ist denn, wie bemerkt, amerikanisches und nicht schweizerisches Recht massgebend. (Entsch. v. 17. September 1892 i. S. Marcuard Kraus & Cie. c. Kindlimann.)

[1]) S. auch Böhm, Räuml. Herrschaft der Rechtsnormen S. 121.

6. *Art. 338 ff. O. R. Dienstvertrag. Interesseanspruch des unbefugt entlassenen Dienstpflichtigen.*

Der Interessenanspruch des unbefugterweise vorzeitig entlassenen Dienstpflichtigen umfasst den Betrag der vertraglich versprochenen Gegenleistung, unter Abrechnung der Auslagen, welche dem Dienstpflichtigen durch die Entbindung von der Leistungspflicht erspart wurden, und desjenigen Erwerbes, welchen er während der Vertragsdauer anderweitig zu machen in der Lage war. Dabei ist es Sache des beklagten Dienstherrn, solche Umstände darzuthun, aus welchen sich ergibt, dass der Dienstpflichtige während der Vertragszeit durch anderweitige, seiner Stellung entsprechende Verwendung seiner Arbeitskraft einen Erwerb entweder wirklich gemacht hat, oder doch zu machen in der Lage war.[1]) (Entsch. v. 22. Octbr. 1892 i. S. Frey c. Bendel.)

---

7. *Art. 512 O. R. Begriff des Differenzgeschäftes; Verkäufe à découvert; Prämiengeschäfte.*

Es erscheint als unrichtig, wenn die Vorinstanz andeutet, ungedeckte Zeitverkäufe (Verkäufe à découvert) seien überhaupt allgemein als reine Differenzgeschäfte zu betrachten; der Umstand, dass der Verkäufer die Waare zur Zeit des Verkaufes nicht besitzt, beweist nicht, dass dieselbe nicht nichtsdestoweniger am Stichtage auf Verlangen effektiv geliefert werden müsse und könne. Es liegt bei einem Zeitverkaufe à découvert an sich nichts anders vor, als dass der Verkäufer hofft, der Preis der Waare werde sinken und er werde sich daher dieselbe bis zum Stichtage zu einem billigern als dem Vertragspreise verschaffen können; ein Ausschluss des Rechts und der Pflicht effektiver Lieferung und Abnahme der Waare folgt aus der Thatsache des ungedeckten Verkaufes nicht. Auch daraus, dass der Beklagte verschiedentlich nicht fest, sondern gegen Prämie gehandelt, speziell wiederholt bei Abschluss eines festen Decouvertverkaufs sich durch gleichzeitigen Abschluss eines Prämienkaufes über die gleiche Stückzahl der gleichen Papiere auf den gleichen Termin gedeckt hat, folgt an und für sich nicht mit Notwendigkeit die Spielnatur des Geschäfts. Recht und Pflicht realer Erfüllung der beiden gleichzeitig abgeschlossenen Geschäfte ist auch unter diesen Umständen nicht notwendig ausgeschlossen;

---

[1]) S. diese Revue VIII Nr. 56 & VII Nr. 62; ferner A. S. d. b-g. Entsch. Bd. XV. S. 674.

nur die mögliche Höhe des Verlustes des Verkäufers ist durch den Prämienkauf begrenzt. Überhaupt ist das Prämiengeschäft nicht notwendig reines Differenzgeschäft; es qualifiziert sich vielmehr an sich als ein Kauf mit beigefügter resolutiver Potestativbedingung, welcher realer Erfüllung sehr wohl fähig ist. (Entsch. v. 1. Oktbr. 1892 i. S. Volksbank c. Bollag.)

---

8. *1) Geltendmachung der Rechte des Gemeinschuldners durch einzelne Konkursgläubiger.*[1] *2) Art. 512 O. R. Begriff des klaglosen Differenzgeschäftes; Rückweisung von Klagen aus solchen von Amtswegen.*

1) Die Frage, ob nach ausgebrochenem Konkurse nur die Konkursverwaltung, oder ob unter gewissen Voraussetzungen auch einzelne Konkursgläubiger zur Geltendmachung der Rechte des Gemeinschuldners befugt seien, ist ohne Zweifel eine solche des Konkursrechts. Nach dem in casu massgebenden zürcherischen Konkursgesetze nun sind die Gläubiger berechtigt, Prozesse des Gemeinschuldners, deren Fortsetzung auf Rechnung der Masse der Konkursrichter ablehnt, auf ihre Kosten fortzusetzen, wobei sie, sofern sie obsiegen, einen allfälligen Überschuss über ihre Forderungen und Prozesskosten in die Masse abzugeben haben (§ 38 und 62 des zürcherischen Konkursgesetzes; vrgl. auch Art. 260 des B.-Ges. über Schuldbetreibung und Konkurs). Die einzelnen Konkursgläubiger, welche die Fortsetzung eines Prozesses des Gemeinschuldners übernehmen, machen demnach in ganz gleicher Weise die Rechte des Gemeinschuldners geltend, wie dies die Konkursverwaltung thut, wenn sie die Fortsetzung des Prozesses auf Rechnung der Masse beschliesst. Die rechtliche Stellung des Prozessgegners bleibt sich gleich, mag nun an Stelle des Gemeinschuldners die Konkursverwaltung oder mögen einzelne Gläubiger den Prozess führen. Im einen wie im andern Falle handelt es sich um die Rechte und Pflichten des Gemeinschuldners und bleibt (abgesehen von der Prozesskostenersatzpflicht) letzterer bezw. die Konkursmasse ihm gegenüber verpflichtet.

2) Klagen aus Lieferungs- oder Differenzgeschäften, die den Charakter eines Spiels oder einer Wette haben, sind von Amtes wegen, auch wenn die Partei die Einrede des Spiels nicht erhoben hat, zurückzuweisen. Das Gesetz (Art. 512 O. R.)

---

[1] Diese Entscheidung beschlägt zwar das zürcherische Konkursrecht, trifft aber ohne Zweifel auch für das jetzige eidgenössische zu, Art. 260.

versagt Ansprüchen aus Spiel und Wette den Rechtsschutz und stellt solche Lieferungs- und Differenzgeschäfte über Waaren oder Börsenpapiere, welche den Charakter eines Spiels oder einer Wette haben, trotz ihrer Einkleidung in die Form eines Kaufgeschäftes dem reinen Spiele gleich. Wie nun zweifellos der Richter eine Klage aus reinem Spiel, auch ohne Antrag einer Partei, zurückzuweisen hat, so muss er das gleiche auch dann thun, wenn das Geschäft in die Form eines Kaufvertrages gekleidet worden ist, aus dem Thatbestande aber erhellt, dass in That und Wahrheit ein Kauf nicht gewollt war, sondern es sich um ein blosses Spiel- und Wettgeschäft handelte. Es liegt alsdann ein Geschäft, welchem das Gesetz rechtlichen Schutz gewährt, überhaupt nicht vor. Dabei muss aber der Richter natürlich sorgfältig prüfen, ob im Einzelfalle ein reines Differenzgeschäft mit Spiel- oder Wettecharakter wirklich vorliege, ob also die gewählte Form des Kaufvertrages wirklich sich nur als Maske eines Spiel- oder Wettgeschäftes darstelle.

3) Das Bundesgericht hat in Auslegung des Art. 512 O. R. stets festgehalten, dass diese Gesetzesbestimmung nicht alle Zeitgeschäfte in Waaren oder Börsenpapieren als klaglos erkläre, sondern nur die reinen Differenzgeschäfte, welche den Charakter eines Spiels oder einer Wette an sich tragen: es hat im fernern das Kriterium des klaglosen reinen Differenzgeschäfts stets darin gefunden, dass nach übereinstimmender, ausdrücklich oder stillschweigend erklärter Willenseinigung der Parteien Recht und Pflicht wirklicher Lieferung und Abnahme der gekauften oder verkauften Waaren oder Börsenpapiere ausgeschlossen sein müsse, so dass bloss die Kursdifferenz den Gegenstand des Vertrages bilde.[1] An dieser Auffassung, welche sich an die deutsche Praxis, insbesondere die Praxis des deutschen Reichsgerichtes (s. die bei Fuchsberger, Entsch. auf dem Gebiete des Handelsrechts, 2. Aufl. S. 1097 und f. citierten Entscheidungen;[2]) vergl. im fernern

[1]) Siehe diese Revue IV. Nr. 84, 115; IX. Nr. 66.

[2]) Das Reichsgericht ist aber in Annahme stillschweigender Willenseinigung viel freier als das Bundesgericht. Vgl. Urteil des I. Senats v. 12. Oktober 1892: Der Berufungsrichter hatte gefunden, so richtig es sei, dass weder Kläger noch Beklagter effektive Lieferung und Abnahme erwarteten, so gewähre doch die Absicht beider, auf die Kursdifferenz zu spekulieren, noch keinen Anhalt dafür, dass es der Wille der Kontrahenten gewesen sei, diese Kursdifferenz solle auch vertragsmässig allein den Gegenstand ihrer Rechte und Pflichten darstellen. Der Kläger möge davon überzeugt ge-

anzösisches Civilrecht Bd. 22 S. 368 und f.)
stzuhalten. Ausdrücklich nun ist im vorlie-
ie in der Regel, die Pflicht zu wirklicher
nahme der gekauften und verkauften Papiere
sen worden. Es kann sich daher nur fragen,
eigend geschehen sei. Die Vorinstanz führt
g aus, es sei nach der Willensmeinung der
kliche Lieferung und Abnahme der gekauften
Papiere nicht beabsichtigt gewesen,
bloss die auf Ende eines jeden Monates er-
erenz in Rechnung gestellt und reportiert
nur von den das Depot bildenden Papieren
ie geliefert worden und wirklich vorhanden
Hieraus zieht die Vorinstanz den Schluss,
m klaglose reine Differenzgeschäfte. Diese
beruht aber auf einer rechteirrtümlichen Auf-
riffs des reinen Differenzgeschäftes. Nach
sung dieses Begriffs, wie er in der bundes-
xis ist angenommen worden, wird ein Zeit-
Vaaren oder Börsenpapiere nicht schon da-
sen reinen Differenzgeschäft, dass einer oder
ten bei dessen Abschluss von der Annahme
, es werde am Stichtage wirkliche Lieferung
, sondern nur die Preisdifferenz vergütet
vielmehr erforderlich, dass vertraglich in er-
Recht und Pflicht der wirklichen Lieferung

r Beklagte nicht in der Lage sein werde, ihm die
u können, daraus folge aber nicht, dass er ihm auch
hme habe erlassen wollen. Das Reichsgericht fand
nung der Voraussetzungen für eine stillschweigende
ne solche ist aus den Umständen zu schliessen und
enn in Rücksicht auf diese Umstände die Handlungen
logisch nicht zulassen oder nach der Lebenserfahrung
e regelmässige erscheinen muss oder aus den Hand-
nit Zuverlässigkeit geschlossen werden kann. Schon
ussetzungen trifft zu, wenn nach den Umständen der
effektiv zu erfüllen gar nicht gehabt haben konnte
der Unmöglichkeit der Erfüllung auf Seiten des Be-
n musste. . . . . . . . Konnte der Kläger nach
ände nur Erledigung durch Differenz-
n, so konnte er auch nur diese gewollt,
halten haben, auf effektiver Lieferung zu bestehen."

Die Redaktion.

und Abnahme ausdrücklich oder stillschweigend ausgeschlossen worden ist. Ist dies nicht geschehen, so ist keiner der Vertragsteile verhindert, am Stichtage wirkliche Erfüllung zu verlangen; die blosse unausgesprochene Absicht, welche beim Geschäftsabschlusse bestanden haben mag, das Geschäft nicht durch effektive Lieferung und Abnahme, sondern durch Vergütung der Preisdifferenz abzuwickeln, steht dem nicht entgegen und stempelt das Geschäft nicht zu einem klaglosen reinen Differenzgeschäfte (s. Entsch. des R. O. H. G. Bd. 6 S. 224 u. f., Zeitschr. für franz. Zivilrecht Bd. 22 S. 388 u. f., Zeitschr. für das gesamte Handelsrecht Bd. 38 S. 222 u. ff.). Wenn also die Vorinstanz einfach darauf abstellt, es sei die wirkliche Lieferung der gekauften und verkauften Papiere nicht beabsichtigt gewesen, so genügt dies nicht, um den Schluss zu begründen, dass es sich um reine Differenzgeschäfte handle. Es muss vielmehr gefragt werden, ob Recht und Pflicht effektiver Lieferung und Abnahme vertraglich in erkennbarer Weise ausgeschlossen war. Dies spricht nun die Vorinstanz nicht aus und konnte es, nach den feststehenden Thatsachen, nicht aussprechen. Zuzugeben ist, dass B. thatsächlich in der Regel nicht beabsichtigte, die gekauften Papiere wirklich zu übernehmen, sondern dass er gedachte sie weiter zu verkaufen, und dass den Klägern dies bekannt war. Allein das Recht des Beklagten, wirkliche Lieferung zu begehren, war gewiss nicht ausgeschlossen. Es steht nach den eigenen Ausführungen der Vorinstanz fest, dass die gekauften Papiere teilweise wirklich geliefert und als Eigentum des B. in dessen Depot genommen wurden. Ferner stand offenbar der Verkehr zwischen den Parteien von Anfang an unter den gleichen Regeln. Bei der zeitweisen Unterbrechung dieses Verkehrs im Januar 1889 nun aber hat B. die für ihn gekauften Papiere auf seine Rechnung durch den B. Bankverein wirklich beziehen lassen. Es kann also nicht angenommen werden, dass hier Recht und Pflicht, auf wirklicher Erfüllung zu bestehen, ausgeschlossen gewesen sei; der Thatbestand eines reinen Differenzgeschäftes liegt also nicht vor. (Entsch. v. 24. Septbr. 1892 i. S. Ducas & Cie. c. Braunschweig.)[1])

---

[1]) Im gleichen Sinne hat das B.-Gericht sich ausgesprochen in den Urteilen vom 30. Septbr. 1892 i. S. Burckhardt & Cie. c. Böppli, vom 1. Oktbr. 1892 i. S. Volksbank c. Bollag und vom 4. Novbr. 1892 i. S. Bodenkreditanstalt c. Niesper.

---

*9. Aktiengesellschaft. Entlastung der Gesellschaftsbehörden durch vorbehaltliche Genehmigung ihrer Geschäftsführung. Bedeutung der Prüfung der Jahresrechnungen durch die Revisoren (Kontrollkommission). Anderweitige Kenntnis der Generalversammlung von Akten der Geschäftsführung, welche aus Geschäftsbericht und Jahresrechnung nicht speziell zu entnehmen waren. Genügt dieselbe um Entlastung bezw. Unanfechtbarkeit des Genehmigungsbeschlusses zu begründen?*

Hierüber hat sich das Bundesgericht in dem nachbenannten Urteile folgendermassen ausgesprochen: Muss sich nun fragen, ob durch die vorbehaltlose Genehmigung der sämtlichen Geschäftsberichte und Jahresrechnungen die Beklagten der Verantwortlichkeit für die Kreditierungen an die Firma R. & Cie. enthoben worden seien oder ob sie trotz der Genehmigung ihrer Geschäftsführung hiefür noch verantwortlich seien, weil die Generalversammlung von jenen Kreditierungen bei ihren Genehmigungsbeschlüssen keine Kenntnis gehabt habe, so ist zu bemerken: Es ist richtig, dass aus den der Generalversammlung jeweilen vorgelegten Geschäftsberichten und Jahresrechnungen nur der, die gesetzliche Norm bei weitem übersteigende, Gesamtbestand des Wechselkonto u. s. w. ersichtlich war, denselben dagegen für sich allein nicht entnommen werden konnte, dass der einzelnen Firma R. & Cie. in der Höhe und Art, wie dies wirklich geschehen war, kreditiert worden sei. Dagegen ist auf der andern Seite nicht zu bezweifeln, dass den von der Generalversammlung nach Vorschrift des Gesetzes bestellten Rechnungsrevisoren, auf deren Bericht hin jeweilen die Generalversammlung die Genehmigung der Berichte und Rechnungen aussprach, die Höhe und Art der Kreditierungen an R. & Cie. nicht hatte entgehen können. Den Rechnungsrevisoren standen sämtliche Bücher und Belege zur Verfügung; sie hatten insbesondere das Wechselportefeuille zu untersuchen und haben dies, nach der ausdrücklichen Erklärung ihrer Berichte, auch gethan. Dabei konnten ihnen denn die Engagements von R. & Cie. unmöglich verborgen bleiben. Nimmt man nun, wie dies in der Praxis vertreten worden ist (s. Entsch. des deutschen R. O. H. G. Bd. 22 S. 278) an, dass die Wahrnehmungen, welche die von der Generalversammlung als notwendiges Kontrolorgan bestellten Rechnungsrevisoren bei Prüfung der Rechnungsaufstellungen und Belege gemacht haben, der Aktiengesellschaft gegenüber als von ihr selbst gemacht gelten müssen, so ist klar, dass in casu nicht darauf abgestellt werden kann, die General-

versammlung habe von den Kreditierungen an R. & Cie. keine Kenntnis gehabt; vielmehr muss alsdann die Sache so behandelt werden, als wenn die Belegstücke, aus welchen die gedachten Kreditierungen ersichtlich waren, der Generalversammlung selbst vorgelegen hätten und von ihr selbst geprüft worden wären. Es müsste also schon von diesem Gesichtspunkte aus die Einwendung der Decharge für begründet erklärt werden. Allein es mag dahin gestellt bleiben, ob die gedachte Anschauung zutrifft, denn auch wenn dies zu verneinen sein sollte, so ist doch hier die Einwendung der Decharge begründet. Allerdings hat die Genehmigung der Geschäftsführung der Verwaltungsorgane einer Aktiengesellschaft durch die Generalversammlung nicht schlechthin den Untergang aller Entschädigungsansprüche der Aktiengesellschaft aus der Geschäftsführung während des betreffenden Zeitraumes zur Folge; es ist vielmehr festzuhalten, dass entweder die Entlastung überhaupt nur insoweit wirke, als die Geschäftsführung für die Generalversammlung aus den ihr gemachten Vorlagen und den sonstigen Thatumständen ersichtlich war (s. Entsch. des B.-G. A. Samml. XIV S. 704 Erw. 12) oder dass doch der Genehmigungsbeschluss wegen Betrugs und Irrtums angefochten werden kann. Allein im vorliegenden Falle ist nun thatsächlich davon auszugehen, dass jedenfalls zur Zeit der letzten Generalversammlung der Aktiengesellschaft die Kreditierungen an R. & Cie. der Generalversammlung und insbesondere dem Hauptaktionär, dem Staate Solothurn, welcher einzig an einer Nichtgenehmigung der Geschäftsführung ein Interesse besessen hätte, durchaus ersichtlich, ja bekannt waren. Dieser Generalversammlung war der Übergang der Aktiven und Passiven der Hypotkekarkasse an den Staat resp. die Kantonalbank vorangegangen. Dabei waren die Engagements der Firma R. & Cie. ermittelt worden und zur Kenntnis der staatlichen Organe gelangt. Dies ergibt sich unzweideutig aus den der kantonsrätlichen Bankuntersuchungskommission über die Lage der Firma R. & Cie. erstatteten Berichten der Delegierten der Kantonalbank und dem darauf gestützten Berichte der kantonsrätlichen Bankuntersuchungskommission selbst. Wenn auch dieser letztere Bericht die Firma R. & Cie., aus leicht begreiflichen geschäftlichen Gründen, nicht namentlich nennt, sondern nur im allgemeinen von allzugrossen gefahrdrohenden Engagements bei verschiedenen Firmen spricht, so ist doch, da er ja auf dem Bericht der Bankdelegierten fusst, völlig unzweifelhaft, dass er in allererster Linie die Firma J. R. & Cie. im Auge

hat. Dieser Bericht der kantonsrätlichen Bankuntersuchungskommission wurde nicht etwa geheim gehalten, sondern veröffentlicht und gelangte im Kantonsrate am 13. April 1886 zur öffentlichen Verhandlung. Nach diesen Vorgängen war es zur Zeit der Abhaltung der Generalversammlung vom 16. Juli 1886 offenkundig, dass bei der Hypothekarkasse übergrosse und gefahrdrohende Engagements einzelner Firmen bestehen, dass also in den in Geschäftsbericht und Rechnung angegebenen Gesamtsummen derartige übertriebene Engagements einzelner Firmen enthalten seien. Dem Staate, als einzig wirklich noch interessiertem Aktionär, war das Verhältnis zu R. & Cie. in seinem ganzen Umfange durchaus bekannt. Bei dieser Sachlage kann nicht davon gesprochen werden, dass der Generalversammlung vom 16. Juli 1886 die Kreditierung an R. & Cie. nicht ersichtlich gewesen oder dass dieselbe bei ihrem Genehmigungsbeschlusse von unrichtigen thatsächlichen Voraussetzungen ausgegangen sei. Allerdings war in Geschäftsbericht und Rechnung diese Kreditierung nicht ausdrücklich und besonders erwähnt, allein nach den vorliegenden Verhältnissen war dieselbe nichtsdestoweniger der Generalversammlung erkennbar; darauf aber, ob die Generalversammlung ihr Wissen einzig aus Geschäftsbericht und Rechnung schöpfte oder ob noch andere Umstände dazu treten, um ihr Wissen um die übergrossen, gefährdenden Kreditgewährungen zu begründen, kann gewiss nichts ankommen. Es genügt jedenfalls, dass überhaupt die fraglichen Akte der Geschäftsgebahrung zu ihrer Kenntnis gelangt waren, dass nach den Umständen die Generalversammlung wissen musste, es seien in den geschäftlichen Operationen, über welche Geschäftsbericht und Rechnung im allgemeinen Rechenschaft legten, solche übermässige gefährdende Kreditierungen enthalten. Sobald die Generalversammlung dies wusste, durfte sie gewiss, sofern sie sich Schadenersatzansprüche gegen die Verwaltungsorgane wahren wollte, Bericht und Rechnung nicht einfach und vorbehaltlos genehmigen. Wenn sie dies trotzdem gethan, wenn trotzdem weder der Staat noch ein anderer Aktionär gegen die vorbehaltlose Genehmigung der Geschäftsführung Einsprache erhoben hat, so muss darin unzweifelhaft eine für die Aktiengesellschaft und ihren Rechtsnachfolger, den Staat, verbindliche Billigung der Geschäftsführung auch in den nun nachträglich beanstandeten Teilen gefunden werden. Denn die Generalversammlung ist gewiss verpflichtet, gegen Akte der Geschäftsführung, welche zu ihrer Kenntnis gelangen, wenn sie dieselben nicht billigen will,

bei Abnahme des Geschäftsberichts Monitur zu erheben und darf sie nicht etwa unter vorbehaltloser Genehmigung von Bericht und Rechnung passieren lassen, um sie erst später deshalb nachträglich zu beanstanden, weil ihr Ergebnis schliesslich als ein unglückliches sich herausstellt. Irgend ein anderer Grund aber (als eben das unglückliche Ergebnis), welcher in casu zu einer nachträglichen Beanstandung berechtigen würde, wie etwa doloses Handeln der Beklagten, ist vom Kläger selbst nicht behauptet. (Entsch. vom 8./9. Sept. 1892 i. S. Solothurn c. Heutschi u. Cons.)

---

10. *Art. 5 B.-Ges. betr. die persönliche Handlungsfähigkeit. Genügt der Antrag von Verwandten oder hohes Alter zur Bevormundung?*

Weder der blosse Antrag von Verwandten noch ein höheres Alter ist nach Art. 5 B.-Ges. über die persönliche Handlungsfähigkeit zulässiger Entmündigungsgrund, es muss festgestellt sein, dass der zu Bevormundende infolge seines hohen Alters an solchen körperlichen oder geistigen Gebrechen leide, welche ihn zur eigenen Vermögensverwaltung unfähig machen. (Entsch. vom 14. Septbr. 1892 i. S. Steffan.)

---

11. *Eisenbahnhaftpflichtgesetz Art. 6 und 7. 1. Grundlage bei Bemessung der Haftpflichtentschädigungen. 2. Kapitalsumme oder Rente?*

1. In der Regel ist bei Bemessung von Haftpflichtentschädigungen von der Erwerbslage des Verunglückten zur Zeit des Unfalls auszugehen. Nur wenn eine Änderung derselben in sicherer Aussicht stand, nach dem ordentlichen Laufe der Dinge erfahrungsmässig bestimmt zu erwarten war, ist hievon abzugehen.

2. Nach Art. 6 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes bestimmt der Richter die Form der Entschädigung nach freiem Ermessen, ohne an die Anträge der Parteien gebunden zu sein, billigt also eine Kapitalsumme oder eine jährliche Rente zu, je nachdem das eine oder das andere der Sachlage besser zu entsprechen, den Interessen der Parteien, insbesondere des Verletzten, besser zu dienen scheint. Die sachbezüglichen Entscheidungen der kantonalen Gerichte unterliegen, da es sich dabei nicht um rein thatsächliche Feststellungen handelt, der Nachprüfung des Bundesgerichts. Eine Rente ist mit der Gewährung einer Kapitalsumme als „Schmerz-

geld" nach Art. 7 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes nicht unverträglich. In Betracht kommt für die Zuerkennung einer Rente das jugendliche Alter des Verunglückten, welcher noch nicht eine zuverlässige Gewähr dafür bietet, dass er die nötige Erfahrung habe und im Stande sein werde, ein ihm zugewiesenes grösseres Kapital zur Begründung eines seine Zukunft sichernden Geschäfts zu verwenden; sodann, dass der Verletzte bei der Art seiner Verstümmelung und angesichts der Thatsache, dass er die Führung eines selbständigen Geschäftes nicht erlernt hat, bei Einrichtung und Leitung eines solchen wie überhaupt bei Verwaltung seines Vermögens stets wesentlich auf die Thätigkeit dritter Personen angewiesen wäre. Angesichts solchen Sachverhalts ist für die Zukunft des Verletzten weitaus besser gesorgt, wenn ihm eine lebenslängliche, seinen Unterhalt auf Lebenszeit sichernde, Rente, als wenn ihm eine Kapitalsumme zugebilligt wird. (Entsch. v. 7. Oktbr. 1892 i. S. Fricker c. Centralbahn.)

---

12. *Art. 6 und 7 des erweiterten Haftpflichtgesetzes vom 26. April 1887. Pflicht zur Bestellung von Armenanwälten für Haftpflichtkläger. Entschädigung der Armenanwälte; liegt dieselbe dem Bunde oder den Kantonen ob? Gewährung des Armenrechtes durch das Bundesgericht, Wirkungen.*

Das erweiterte Haftpflichtgesetz statuiert nirgends eine Pflicht des Bundes für unentgeltliche Verbeiständung von Haftpflichtklägern in Sachen, die zur Entscheidung des B.-Gerichtes gelangen, zu sorgen. Art. 6 desselben legt vielmehr den Kantonen die Pflicht zu Bestellung von Armenanwälten auf. Wird in einer Haftpflichtstreitigkeit, die zur Entscheidung des Bundesgerichtes gelangt, vom Bundesgericht das Armenrecht gewährt, so hat dies lediglich die in Art. 7 leg. cit. genau normierten Folgen. Sache der kantonalen Gesetze oder Verordnungen ist es, zu bestimmen, ob mit der Vertretung bedürftiger Haftpflichtkläger eine besondere Amtsstelle, ein ständiger Staatsanwalt zu betrauen sei, und ob, wenn dies nicht der Fall ist, der als Rechtsbeistand im einzelnen Falle bezeichnete Anwalt ein Recht auf Honorierung seiner Dienste durch die Kantonskasse und in welchem Umfange besitze, oder ob er seine Funktionen unentgeltlich auszuüben habe. Ob die Kantone verpflichtet seien, für unentgeltliche Verbeiständung bedürftiger Haftpflichtkläger auch für die bundesgerichtliche Instanz zu sorgen, hat das B.-Ge-

richt nicht zu entscheiden. Es mag eine Beschwerde an den Bundesrat statthaft sein, welchem nach Art. 11 des erweiterten Haftpflichtgesetzes die Kontrolle über die Vollziehung der Bestimmungen dieses Gesetzes zusteht. (Entsch. v. 17. Septbr. 1892 i. S. Deucher.)

---

13. *Art. 46 B.-Ges. betr. Abtretung von Privatrechten vom 1. März 1850. Kompetenz zur Bewilligung der Besitzergreifung vor Feststellung der Entschädigung.*

Über Streitigkeiten betr. Gestattung der Bauinangriffnahme des Abtretungsobjektes, Art. 46 des eidg. Expropriationsgesetzes, entscheidet nach Massgabe der cit. Gesetzesbestimmung der Bundesrat. Die Schatzungskommission ist nicht berechtigt, die sofortige Besitznahme zu gestatten, wenn der Eigentümer dieselbe verweigert; sie hat vielmehr nur die Kaution zu bestimmen, welche der Bauunternehmer im Falle der Gestattung der sofortigen Besitzergreifung zu leisten hat, während die Erteilung der Bewilligung zur Besitzergreifung im Streitfalle nicht ihr, sondern einzig dem Bundesrate zusteht; an diesen hat sich der Bauunternehmer mit sachbezüglichen Begehren zu wenden. (Entsch. v. 16. Septbr. 1892 i. S. Wunderli.)

---

14. *Art. 59 Abs. 1 B.-V. Gerichtsstand der Handelsniederlassung; Klage des Vermieters auf Räumung des Mietobjektes durch den Mieter, rechtliche Natur.*

1. Nach feststehender bundesrechtlicher Praxis kann der Inhaber eines Handelsetablissements, des Art. 59 Abs. 1 B.-V. unerachtet, aus den auf den Betrieb dieses Etablissements bezüglichen Geschäften am Orte der Handelsniederlassung auch dann belangt werden, wenn er sein persönliches Domizil in einem andern Kanton hat, und gilt dies nicht nur für die Hauptniederlassung, sondern auch für Zweigniederlassungen. Die Klage betrifft ein auf den Betrieb der Handelsniederlassung bezügliches Geschäft, wenn die Miete der Geschäftsräumlichkeiten für dieses Etablissement in Frage steht.

2. Klagt der Hauseigentümer nicht auf Anerkennung der Freiheit seines Eigentums und Unterlassung weiterer Besitzesstörungen, wie dies dem Begriffe der negatorischen Klage entspricht, sondern verlangt er in erster Linie die Feststellung, dass er aus einem von ihm als Vermieter abgeschlossenen Mietvertrage, also einem obligatorischen Rechtsge-

schäfte, dem Beklagten gegenüber nicht weiter gebunden sei, und in zweiter Linie Räumung der Mietsache, mit s. W., klagt er nicht in seiner Eigenschaft als Eigentümer gegen einen ihn widerrechtlich in seinem Besitze störenden Dritten, sondern verlangt er als Vermieter Rückgabe der Mietsache durch den Mieter resp. dessen Rechtsnachfolger, nachdem der Mietvertrag sein Ende erreicht habe, so ist die Klage eine persönliche. Denn der Vermieter hat auf Rückgabe der Mietsache nach beendigter Miete einen persönlichen Anspruch ex contractu gegen den Mieter und dessen Rechtsnachfolger. (Entsch. v. 7. Oktbr. 1892 i. S. Leuthold.)

---

15. *Art. 61 B.-V. und Art. 3 des Konkordates vom 15. Juli 1822. 1) Anlegung von Vorladungen ausserhalb des Kantons, massgebendes Recht. 2) Erbstreitigkeiten im Sinne des genannten Konkordates; Streit über die Erbschaftsqualität einer Sache.*

1. Für die Frage, ob eine Ladung in gültiger Weise angelegt worden sei, ist nach allgemein anerkanntem Grundsatze das Recht desjenigen Ortes massgebend, wo die betreffende Prozesshandlung zu geschehen hat. Die stillschweigende Nichtbeachtung einer rechtsungültigen Ladung involviert keine Anerkennung derselben. Wer eine rechtsungültige Ladung einfach nicht befolgt, gibt in keiner Weise zu erkennen, dass er dieselbe als verbindlich anerkenne.

2. Als Erbstreitigkeiten im Sinne des Art. 3 des Konkordats vom 15. Juli 1822 erscheinen, wie das Bundesgericht schon wiederholt ausgesprochen hat, einerseits Streitigkeiten über die erbrechtliche Nachfolge in den Nachlass, eine Nachlassquote oder einen Nachlassbestandteil, andererseits Erbteilungsstreitigkeiten. Dagegen sind Streitigkeiten über die Erbschaftsqualität eines Vermögensobjektes, d. h. darüber, ob dieses Vermögensobjekt dem Erblasser gehört habe und mithin einen Bestandteil des Nachlasses desselben bilde, nicht als Erbstreitigkeiten zu betrachten, sondern als gewöhnliche Vindikations- oder Forderungsstreitigkeiten (vergl. A. Slg. Bd. XV S. 550 u. ff. und die dort citierten Entscheidungen); speziell erscheinen als Erbstreitigkeiten auch nicht Streitigkeiten über die aus dem ehelichen Güterrechte hervorgehenden Ansprüche der Ehegatten am ehelichen Gut (s. Entsch. A. Slg. Bd. IX S. 505 f. Erw. 3). Im vorliegenden Falle nun dreht sich der Streit zwischen den Parteien weder um die Teilung des Nachlasses des Ehemannes oder der Ehefrau K., noch um die erbrechtliche Nachfolge; vielmehr ist gänz-

lich unbestritten, dass der Nachlass des Ehemannes K. den Klägern als dessen Intestaterben gebührt, dagegen denselben ein Erbrecht am Nachlasse der Ehefrau K. nicht zusteht. Streitig ist einzig, ob die Vermögensobjekte, welche die Rekursbeklagte gestützt auf das Testament der Ehefrau K., als zu deren Nachlass gehörig in Besitz genommen hat, wirklich ganz oder teilweise im Eigentum der Ehefrau K. gestanden haben und daher zu deren Nachlass gehören, oder ob dieselben vielmehr kraft des zwischen den Eheleuten K. bestandenen ehelichen Güterrechts dem Ehemanne resp. dessen Erben ganz oder teilweise gehören und der Ehefrau K. nur die Nutzniessung daran zugestanden habe. Ein Erbteilungsstreit oder ein Streit über erbrechtliche Nachfolge liegt also überall nicht vor, vielmehr lediglich ein Streit über die ehegüterrechtliche Auseinandersetzung der Eheleute K. Dass dieser Streit nicht von den Eheleuten K. selbst, sondern von deren Erben geführt wird, ändert daran nichts. Denn dadurch wird nichts daran geändert, dass nicht die erbrechtliche Nachfolge oder die Teilung des Nachlasses des einen oder andern Ehegatten bestritten ist, sondern bloss die Frage, was nach ehegüterrechtlichen Grundsätzen zum Vermögen des einen oder andern Eheteils gehört habe. Fragen der erbrechtlichen Succession liegen hier so wenig in Frage, als dann, wenn Erben verschiedener Personen sich darüber streiten, ob eine bestimmte einzelne Sache dem Erblasser des einen oder andern Teils gehört habe und demnach auf dessen Erben übergegangen sei. (Entsch. v. 16. Septbr. 1892 i. S. Erben Keller.)

---

## B. Entscheide kantonaler Gerichte.

16. *Vertragsabschluss. Gelten die in dem Prospektus einer Versicherungsgesellschaft neu aufgestellten günstigeren Bedingungen auch für die früher schon Versicherten kraft stillschweigender Annahme? Art. 1 O. R.*

**Baselstadt.** Urteil des Appellationsgerichts vom 10. Oktober 1892 i. S. Sutter c. Unfallversicherungsgesellschaft Winterthur.

J. Sutter war laut Police vom 14. Juni 1879 bei der Unfallversicherungsgesellschaft Winterthur gegen Unfall versichert. Die Versicherungssumme bei Tod und Invalidität betrug Fr. 50,000. — Die Versicherung war auf ein Jahr abgeschlossen und begann am 20. Juni 1879. § 10 der Ver-

gen lautet: „Alle Versicherungen .....
ihrer Ablaufzeit stillschweigend auf einen
ı unter den gleichen Bedingungen .....
ng von der einen oder andern Seite er-
line Kündigung der Police ist von keiner
l* 3 der Versicherungsbedingungen lautet:
tritt durch die Zahlung, und zwar ohne
ondern Cession bedarf, jedoch unbeschadet
isstellung einer Cession auf ihre Kosten zu
he der gezahlten Summe in alle Rechte ein,
ädigten aus dem betreffenden Unfalle etwa
n etc." In ihren später erlassenen Pro-
ie Gesellschaft: Sie übe kein Regress-
Personen oder Transportanstalten aus;
dem Verletzten allfällig gegen solche Per-
ten zustehen, gehen nicht auf die Ver-
aft über.

1891 wurde J. Sutter beim Einsturz der
senbahnbrücke auf der Linie der Jura-
er verletzt und starb am 21. Juni 1891
ieser Verletzungen. Die Versicherungs-
gestützt auf den angeführten § 23, die
e nur gegen Cession der Entschädigungs-
.e Jura-Simplonbahn auszahlen. Die Erben
en daher Klage auf Auszahlung der Ver-
nit der Wirkung, dass durch diese Zah-
igungsansprüche, welche den Klägern gegen
hn zustehen, nicht auf die Beklagte über-

aus, 1. der § 23 der Policebedingungen
zur Anwendung kommen, nachdem die
ch bekannt gemacht habe, dass sie keine
n Dritte ausübe, und zwar ohne Erhöhung
rämie. Durch die vorbehaltlose Publika-
ıstigungen gebe die Versicherungsgesell-
sie diese Begünstigungen allgemein wolle
. einzige Mittel, solche Publikationen zu
'rospekt. In diesem äussere sich die Ge-
Publikum über die Grundlagen, auf denen
g ausübt, und über die Grundsätze, nach
ı schliessen will. Allerdings habe der
chtliche Bedeutung einer Offerte, aber die
)fferten, die gegenüber dem andern Teil
enthalten, sei als selbstverständlich vor-

auszusetzen, und die öffentliche Anzeige in dem Prospektus habe allen Beteiligten zur Kenntnis gelangen können, daher sie nicht ausdrücklich brauche angenommen zu werden. — 2. Unter dem Ausdruck „Beschädigter" sodann seien die Hinterbliebenen nicht zu verstehen. Die „Kläger" treten nicht als Rechtsnachfolger des Getöteten auf, sondern kraft eigenen Rechts, nicht als Erben des Getöteten, sondern als Hinterbliebene, welche laut Police einen engeren Begriff bilden als die Erben. Der Gesichtspunkt, dass einem Beschädigten sein Schaden nicht doppelt ersetzt werden solle, falle weg, wo es sich um die Hinterbliebenen eines Getöteten handle, da hier die Versicherung den Charakter einer Lebensversicherung habe.

Beide Instanzen lehnten diese Argumentation ab und erklärten die Kläger für verpflichtet, gegen Zahlung der Versicherungssumme ihre Rechte gegen die Jura-Simplonbahn an die Beklagte bis auf jene Summe abzutreten.

Aus der Begründung des Appellationsgerichts:

ad 1. Dass der Prospekt einer Versicherungsgesellschaft wie der hier in Frage stehende zunächst und hauptsächlich dazu dient, Versicherungspetenten über die Grundsätze, auf denen der Versicherungsvertrag abgeschlossen wird, zu orientieren, und dass er insofern als Offerte für Abschluss von Versicherungsverträgen aufzufassen ist, wird kaum bestritten werden. Ob er dies ausschliesslich ist, oder ob er nicht noch die weitere Bedeutung einer öffentlichen Bekanntmachung zu Gunsten auch der schon früher Versicherten habe, rechtlich betrachtet also nicht nur Vertragsofferte, sondern auch noch statutarischer Natur sei, kommt hier in Frage. Denn nur unter letzterer Voraussetzung werden frühere Versicherte daran partizipieren können ohne ausdrückliche Annahme und Verständigung mit der Gesellschaft. Da ist nun die Art und Weise, in der solche Prospektus bekannt gemacht werden, nicht geeignet, die Annahme zu unterstützen, dass sie allgemeine statutenmässige Bedeutung haben sollen. Selbst die Publikation in öffentlichen Blättern genügt nicht, ihnen diesen Charakter zu geben, so lange diese Publikation bloss zum Zweck der Reklame, behufs Einladung und Aufmunterung zu Versicherungsverträgen, erfolgt. Es muss bei der Publikation die Absicht und der Wille der Gesellschaft deutlich erkennbar sein, den Inhalt als allgemein giltiges und rückwirkendes Prinzip und Gesetz aufzustellen, etwa wie eine Hypothekenbank durch Zirkular oder öffentliche Anzeige ihren Obligationären zur Kenntnis bringt, dass sie fortan ihre Obliga-

tionen zu einem höhern Zinsfuss verzinsen werde; in solchem Fall wird man gewiss nicht von einer blossen Offerte und also von der Notwendigkeit einer Annahme seitens des Gläubigers reden dürfen. Anders aber, wenn die Hypothekenbank bloss veröffentlicht, dass sie zu höherem als dem bisherigen Zinsfuss Gelder aufnehme; damit sind die bisherigen Obligationäre nicht auch schon des höheren Zinsgenusses teilhaftig. Der heutige Fall ist diesem letztern analog. Es ist von den Klägern nichts geltend gemacht worden, und auch sonst nicht dem Gericht bekannt, das darauf hinweist, dass der fragliche Prospekt nach dem Willen der Gesellschaft jene weite Bedeutung haben sollte. Weder in der Art und Weise seiner Publikation, noch in seiner Fassung liegt ein zwingendes Motiv hiefür. Es ist auch nicht richtig, dass solche Prospekte das einzige Mittel seien, um so weit gehende Änderungen zu publizieren, im Gegenteil ist gerade für Änderungen mit der Absicht der Rückwirkung die Mitteilung durch Zirkulare oder durch Zeitungsinserate, die sich direkt an die zu Begünstigenden richten, die übliche Form. Es lässt sich daher auch nicht mit Grund behaupten, dass die Art und Weise der Verbreitung des Prospektes die früher schon Versicherten zu der Annahme habe veranlassen müssen, dass sie nun ohne weiteres an seinen neuen Bedingungen teilnehmen; vielmehr lag es ihnen ob, ihr eigenes Interesse zu wahren und ihrerseits die nötigen Schritte bei der Versicherungsgesellschaft zu thun, um allfällige Zweifel zu heben und sich den neuen Vorteil auch für ihren Vertrag zu sichern.

Nach allem dem kann den Klägern nicht zustehen, von der Gunst des neuen Prospektes zu benefizieren, und das um so weniger, als ihr Rechtsvorfahr, der Versicherte, von Jahr zu Jahr, bei der jeweiligen Erneuerung des Vertrages diesen Punkt zur Sprache zu bringen Anlass gehabt hätte, statt stillschweigend die Erneuerung auf alter Basis sich vollziehen zu lassen.

ad 2. Die Frage, ob unter dem „Beschädigten“ der Police auch die Hinterbliebenen eines Getöteten zu verstehen seien, d. h. ob sie als dessen Rechtsnachfolger zur Abtretung ihrer Rechte gegen Dritte verpflichtet seien, ist von der ersten Instanz mit zutreffenden Gründen bejaht.[1]) Es mag

---

[1]) Das Zivilgericht sagte darüber folgendes:

Wenn von der Abtretung der Entschädigungsansprüche die Rede ist, welche dem „Beschädigten“ zustehen, so muss unter diesem Ausdruck derjenige verstanden werden, der durch den Unfall geschädigt ist, d. h. bei

ausserdem noch darauf hingewiesen werden, dass auch in den Bundesgesetzen über die Haftpflicht durchweg der Verletzte und die Rechtsnachfolger des Getöteten auf gleiche Linie gestellt und gleich behandelt werden, und namentlich im Bundesgesetz über Haftpflicht aus Fabrikbetrieb Art. 9 eine mit der unsrigen verwandte Frage ebenfalls in diesem Sinne entschieden ist, indem sowohl der Verletzte und Erkrankte, als die Rechtsnachfolger des Getöteten die ihnen von der Versicherungsgesellschaft bezahlten Beträge sich an der Entschädigung in Abzug bringen lassen müssen.

---

'17. *Forme du contrat. Adoption de la forme écrite par les parties. Ratification par télégramme. Art. 12 et 14 C. O.*

**Genève.** Jugement du Tribunal de 1ère instance du 22 septembre 1892 d. l. c. Boulet fils c. Bonhomme jeune.

Boulet fils à Rouen fit remettre, par l'entremise de L. Bargy courtier, à Bonhomme jeune une pièce en deux exemplaires contenant la mention: „Acheté à M. J. Boulet fils, négociant à Rouen, par l'entremise de M. L. Bargy, d'ordre de M. J. Le Roy fils, agent à Rouen, 5000 quintaux métri-

---

einer Verletzung der Verletzte und bei einer Tötung seine Hinterlassenen. Es wäre in der That nicht wohl zu erklären, warum die Gesellschaft sich die Subrogierung in die Rechte des aus der Police Berechtigten nur im Falle einer Verletzung und nicht im Falle des Todes ausbedungen hätte. Die Ausführung der Kläger, dass hier die Versicherung den Charakter einer Lebensversicherung annehme, ist nicht durchschlagend. Denn bei der Tötung durch Unfall, gerade wie bei der Verletzung beruht die Versicherung, die Berechnung des Risiko und der Prämie auf ganz anderer Basis, als bei der Lebensversicherung. Letztere rechnet mit einer unter allen Umständen früher oder später eintretenden Thatsache, die in der Regel ohne ein die Haftbarkeit eines Dritten begründendes Verschulden eintritt, erstere dagegen mit einer ganz beschränkten Kategorie von Todesfällen, bei der ein Verschulden eines Dritten ein wesentlicher Faktor sein kann. Es ist auch in den Versicherungsbedingungen nirgends ein Unterschied gemacht in der rechtlichen Behandlung des Verletzten selbst und derjenigen der Erben des Getöteten. Wenn § 15 von der ärztlichen Untersuchung „des Getöteten oder Beschädigten“ spricht, so erscheint das lediglich als eine rein thatsächliche Bezeichnung ohne rechtliche Bedeutung, während dagegen § 1 als Schaden, der durch die Versicherung gedeckt werden soll, ohne Unterschied neben einander stellt denjenigen der durch Tod, und denjenigen, der durch Invalidität oder vorübergehende Erwerbsunfähigkeit verursacht wird.

pure blé de St. Louis, etc.“ Bonhomme signa cette pièce en ajoutant les mots: 1° Certifié en bonne forme, paraphé B. J^m; 2° marchandise exempte de grains pourris ou avariés, paraphé B. J^m; 3° une indication de livraison faite au moyen du mot de Férrier, et retourna les deux exemplaires au sieur Bargy, demandant une acceptation télégraphique pour le lendemain soir en ses mains à Genève. Le lendemain, il reçut du sieur Bargy une dépêche télegraphique ainsi conçue: „Reçu lettre, vendeur accepte rectification, donc affaire en règle.“ Malgré cette dépêche, Bonhomme refusa de prendre livraison de la marchandise; il prétend n'avoir pas contracté, alléguant que Boulet ne lui ayant pas retourné un double de la convention muni de sa signature et que, par conséquent, n'ayant pas reçu de Boulet l'avis qu'il approuvait les modifications et adjonctions de rédaction apportés par lui au contrat, il était en droit de considérer le contrat comme étant imparfait et sans force obligatoire, aux termes des art. 12 et 14 C. O. Le Tribunal l'a débouté de son exception.

Motifs: Attendu que s'il est incontestable que les parties ont entendu adopter la forme écrite pour la passation de leur contrat et que si, en conformité de l'art. 12 C. O., le contrat doit porter la signature de toutes les personnes auxquelles il impose des obligations, il y a lieu de constater qu'aux termes du même article, un échange de lettres ou de télégrammes vaut comme forme écrite;

Attendu que le défendeur ne méconnaît pas avoir reçu du sieur Bargy la dépêche télégraphique;

Attendu que le sieur Bargy, par lettre du même jour, confirme l'acceptation des conditions; que c'est donc à tort que le défendeur affirme que le demandeur n'a jamais ratifié le contrat, puisque le sieur Bargy représentait le demandeur et que le défendeur le savait si bien que c'est à lui qu'il s'adressait pour discuter les clauses du contrat et en demander la ratification;

Attendu qu'il en résulte que le voeu de l'art. 12 C. O. est accompli, puisque, en réponse à la déclaration d'achat signée par le défendeur, le demandeur a répondu affirmativement par la dépêche télégraphique et la lettre de son représentant, dont les pouvoirs étaient connus du défendeur.

(La Semaine judiciaire, 1892 Nr. 45.)

18. *Unsittliche Leistung. Konventionalstrafe. Art. 17, 181 f. O. R.*

**Thurgau.** Urteil des Obergerichts vom 29. November 1892 i. S. Bäckerverein Bischofszell c. Bissegger.

Durch schriftliche Erklärung vom 15. Juni 1892 verpflichteten sich mehrere Mitglieder des Bäckermeistervereins Bischofszell, unter ihnen A. Bissegger, dem Aktienkonsumverein Bischofszell kein Brot abzugeben, bei Konventionalstrafe von 500 Fr. Bissegger betrieb damals pachtweise eine Bäckerei, die einer Frau Meier gehört. Am 24. Juni schloss er mit dem Konsumverein einen Vertrag, wonach er auf Begehren der Frau Meier, die ihre Bäckerei dem Konsumverein zu verpachten wünschte, diesem seine Pacht abtrat und die Bäckerei fortan auf Rechnung des Konsumvereins als dessen Angestellter fortführte. Jetzt klagte der Bäckerverein gegen ihn auf Zahlung der Konventionalstrafe von 500 Fr. Er wandte ein, die Verpflichtung vom 15. Juni 1892 sei eine unsittliche und daher rechtlich ungültig. Sie binde ihn aber auch nicht mehr, seitdem er durch die Umstände genötigt die Stellung als Bäcker m e i s t e r aufgegeben habe und Bäcker k n e c h t geworden sei; endlich wäre jedenfalls die Konventionalstrafe zu reduzieren. Die erste Instanz sprach der Klagpartei 300 Fr. zu. Bissegger appellierte dagegen und verlangte gänzliche Abweisung der Klage. Das Obergericht bestätigte das erstinstanzliche Urteil.

M o t i v e: Das in der Vereinbarung vom 15 Juni 1892 liegende, gegen drohende Konkurrenz gerichtete Vorgehen der Bäckermeister zum Schutze der Interessen eines Berufskreises erscheint in der Art und in der Ausdehnung, wie es im vorliegenden Falle praktiziert wurde, als erlaubt; denn die Vereinbarung untersagt nur gegenüber einem einzigen Konkurrenten, dem Konsumverein, die Brotlieferung, wogegen diejenige an alle anderen Kunden, insbesondere an die einzelnen Mitglieder des Konsumvereins, keineswegs verboten wurde. Mit Rücksicht auf diese seine enge Begrenzung kann das Brotlieferungsverbot nicht als eine unstatthafte Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Selbständigkeit der dem Vertrage beigetretenen Bäckermeister betrachtet, sondern muss als erlaubt und rechtlich gültig taxiert werden.

(Bezüglich der eventuellen Einreden wird ausgeführt, dass der Appellant, wollte er in guten Treuen handeln, dem Bäckervereine den Vertrag vom 15. Juni auf eine wenn auch kurze Zeit hätte künden und ebenso gegenüber Frau Meier auf dem im Pachtvertrage vorgesehenen Kündigungsrechte

hätte bestehen sollen. In einer Notlage habe er sich also nicht befunden. Durch Eingehung des Anstellungsvertrags mit dem Konsumverein habe er dolos seiner Verpflichtung vom 15. Juni zuwidergehandelt. [Diese Auffassung der Sache ist aber doch sehr anfechtbar, denn sie giebt dem Vertrag vom 15. Juni eine Tragweite, die doch nach dessen Zweck und Inhalt von dem einzelnen Paciscenten nicht musste angenommen werden. Die Red.] Die Reduktion der Konventionalstrafe war von der zweiten Instanz nicht zu prüfen, da die Klagpartei gegen den Ansatz von 300 Fr. nicht appelliert hatte.)

---

19. *Kauf mit Vorbehalt Umtauschs der Kaufsache. Nichtberechtigung des Käufers zu einfachem Rücktritt vom Kauf.*

Luzern. Urteil des Obergerichts vom 10. September 1891.

R. bestellte bei der Compagnie S. eine Nähmaschine zum Preise von 240 Fr., mit dem Vorbehalte, sie binnen vier Tagen auszutauschen, sofern sie ihm nicht konveniere. In dieser Frist verlangte er deren Rücknahme, und deponierte sie auf Ablehnung seitens der Compagnie an drittem Orte. Die Zahlung des Preises verweigerte er, wurde aber dazu verurteilt.

Motive: Es ist unzutreffend, wenn der Beklagte das Rechtsverhältnis so darstellen will, als ob es sich um einen einfachen Kauf auf Probe handle. Er hatte sich bloss die Befugnis des Austauschs und nicht das Recht des Rücktritts vom Kaufe ausbedungen. Daraus folgt, dass das Recht zum Umtausche wieder dahingefallen und der Kauf um die gelieferte Maschine als genehmigt gelten musste, sofern der Beklagte in nützlicher Frist von seinem Rechte nicht Gebrauch machte, ganz analog, wie wenn es sich um einen einfachen Kauf auf Probe handeln würde. Da Beklagter die Erklärung, dass er die Maschine gegen eine andere umtauschen wolle, nicht abgegeben, somit das nicht gethan hat, wozu er gemäs Vertrag allein befugt war, so hat der Kauf um die gelieferte Maschine als in Kraft getreten zu gelten. (Verhandl. des Obergerichts v. J. 1891 S. 90 ff.)

---

20. *Dienstvertrag. Schutz eines vorzeitig entlassenen Fabrikdirektors im Besitze der ihm vertraglich zugesicherten Direk-*

*torialwohnung. Rechtliche Natur seiner vertraglichen Ansprüche gegen den Dienstherrn. Art. 346 O. R.*

**Zürich.** Entscheid der Rekurskammer des Obergerichts vom 28. September 1892 i. S. Papierfabrik Z. gegen C.

Dem Direktor einer Papierfabrik, welchem nebst festem Jahresgehalt und Tantième durch den Dienstvertrag freie Wohnung in der Fabrik zugesichert war, wurde vor Ablauf der Vertragsdauer von der Prinzipalin die sofortige Entlassung erteilt. Die Dienstherrin verlangte gestützt hierauf, dass dem Direktor befohlen werde, die ihm in der Fabrik eingeräumte Wohnung innert kurzer Frist zu räumen und dieselbe wieder zu ihrer Verfügung zu halten. Dieses Gesuch wurde im summarischen Verfahren erst- und zweitinstanzlich abgewiesen.

Gründe: 1. Mit der Entlassung eines Angestellten erlöschen selbstverständlich die sämtlichen Befugnisse desselben, welche in unmittelbarem Zusammenhang mit der Ausübung seiner vertraglichen Funktionen stehen und ihm wesentlich zu dem Zwecke eingeräumt worden sind, damit er seine Vertragspflichten in genügender Weise erfüllen könne.

Zu diesen Befugnissen kann auch das Recht auf die Benutzung einer Dienstwohnung gehören. (Vgl. Ullmer, Kommentar, Nr. 2147, und Entscheid des deutschen Reichsgerichts, Amtliche Sammlung, Bd. XXII, Nr. 6.)

Dagegen ist keineswegs gesagt, dass der Anspruch auf „freie Wohnung“ unter allen Umständen den bezeichneten Charakter tragen müsse, und der vorliegende Fall erscheint in dieser Beziehung jedenfalls nicht als liquid.

2. Nun nimmt die Rekurrentin freilich den Standpunkt ein, dass mit der Entlassung des Angestellten, möge dieselbe gerechtfertigt sein oder nicht, überhaupt der ganze Vertrag dahinfalle, und dass es sich in einem solchen Falle nur darum handeln könne, ob dem Dienstpflichtigen nicht wegen vorzeitiger unbegründeter Entlassung ein Schadenersatzanspruch gegenüber dem Prinzipal zustehe.

Allein diese rechtliche Auffassung erscheint nicht als begründet.

Der Dienstvertrag ist ein gewöhnlicher Konsensualvertrag, und das Recht des Angestellten auf Lohn und allfällige Nebenbezüge entsteht nicht etwa erst mit der Leistung der Dienste, sondern sofort mit dem Abschluss des Vertrages. Verzichtet nun der Dienstberechtigte auf die Leistung der Dienste, so hat der an und für sich auf die Vertragsrechte des Dienstpflichtigen (soweit dieselben nicht unter die in

Erwägung 1 genannten Befugnisse fallen) keinen Einfluss. Denn nach allgemein anerkanntem Rechtsgrundsatz bleibt da, wo die Leistung infolge eines vom Gläubiger zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden ist, dem Schuldner das Recht auf die Gegenleistung durchaus gewahrt, und eine Ausnahme von diesem Satze könnte man für den Dienstvertrag nur dann machen, wenn eine dahinzielende positive Gesetzesbestimmung vorhanden wäre; eine solche ist im schweizer. Obligationenrecht aber nicht enthalten. (Vgl. Windscheid, Pandekten, Bd. II S. 511; Dernburg, Pandekten, II S. 296; Vangerow, Pandekten, III S. 240; Wächter, Pandekten, II S. 452, Nr. IV; Motive zum deutschen Entwurf, II S. 462; Kohler, in Iherings Jahrbüchern, XVII S. 364 ff., Anmerkungen zu einem bundesgerichtlichen Entscheid in Revue VII S. 90 und 91, Urteil des luzern. Obergerichts i. S. Welkhamer c. Papierfabrik Perlen, in Revue VII S. 113; Entscheid des deutschen Reichsgerichts, A. S. III, S. 181.)

3. Es lässt sich auch nicht etwa behaupten, dass die hier vertretene Rechtsanschauung mit den bekannten Entscheiden des Bundesgerichts i. S. Schou c. Aktiengesellschaft „Dynamit Nobel“ und Surber c. Wernecke (A. S. Bd. XV, S. 315 ff. und Bd. XVI, S. 207 ff.) in unlöslichem Widerspruch stehe.

So richtig nämlich an und für sich der Satz ist, dass der Angestellte bei unbegründeter vorzeitiger Entlassung seines Anspruchs auf die vom Prinzipal zu machenden Leistungen nicht verlustig gehe, so wenig lässt sich bestreiten, dass dieser Anspruch nur soweit geltend gemacht werden kann, als der Dienstpflichtige nicht während des Restes der Vertragszeit durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft einen Verdienst gefunden hat, bezw. hätte finden können. Der Anspruch aus dem Dienstvertrag bleibt als solcher bestehen, der Prinzipal kann ihn dagegen unter Umständen ganz oder teilweise mit der Einrede des dolus zurückschlagen (l. 19 § 9. l. 38 D. locati conducti XIX, 2; deutsch. Entwurf § 561 in Verbindung mit § 368 Abs. 2 Satz 2; Seufferts Archiv Bd. XXVIII Nr. 220; Kohler a. a. O. S. 368).

Etwas anderes hat das Bundesgericht aber wohl auch in den erwähnten Entscheidungen nicht erklären wollen.

Dafür spricht namentlich die Schlusserwägung im Falle Surber c. Wernecke, in welcher ausgeführt wird, dass dem Angestellten der volle Betrag des vertraglichen Salairs zuzusprechen sei, wenn es dem beklagten Dienstherrn nicht gelinge, Umstände darzuthun, aus welchen sich ergebe, dass

der Dienstpflichtige nach der Entlassung durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft einen Erwerb entweder wirklich gemacht habe oder doch zu machen in die Lage gekommen sei. Dieser Satz versteht sich von selbst, sobald man davon ausgeht, dass es sich im Prozesse immer nur um die exceptio doli des Prinzipals gegenüber dem an und für sich begründeten Anspruch aus dem Dienstvertrag handeln könne. Mit der Schadensersatztheorie ist derselbe dagegen nicht in Einklang zu bringen. Denn wenn man dem Dienstherrn einmal das Recht einräumt, gegen Schadensersatz jeden Moment den ganzen Vertrag zu beseitigen, so kommt darauf, wie sich die Verhältnisse in Wirklichkeit nach der Entlassung gestaltet haben, nichts mehr an. Die Frage für den Richter ist dann lediglich die, welchen Wert an und für sich die freigewordene Arbeitskraft des Dienstpflichtigen für den letztern im Momente der Entlassung repräsentiert habe; die Differenz zwischen diesem Wert und demjenigen des Lohnanspruchs wäre dem entlassenen Angestellten zu ersetzen.

4. Trifft das Gesagte zu, so ist der Rekursgegner einstweilen in der Disposition über die ihm vertraglich eingeräumte Direktorwohnung zu schützen.

Denn dass wichtige Gründe im Sinne von Art. 346 O. R. für seine vorzeitige Entlassung vorhanden gewesen seien, ist zur Zeit nicht nachgewiesen, und dass er etwa schon eine andere Anstellung gefunden habe, bezw. hätte finden können, ist nicht einmal behauptet worden.

(Vgl. Schweizer Blätter für handelsrechtl. Entsch. Bd. XI, Nr. 22.)

---

### 21. *Werkvertrag. Haftpflicht für Untergang der Sache. Art. 351, 110 ff. O.R.*

**Baselstadt.** Urteil des Zivilgerichtspräsidenten vom 11. Juni 1892.

Arnold Böcklin hatte in seiner Jugend das Portrait einer Familienangehörigen auf ein Folioblatt grauen Packpapiers mit Kreide gezeichnet und mit seinem Namen signiert; das Blatt lag einige Jahrzehnte ohne angemessene Behandlung in deren Hause herum, verstaubte auf der Rückseite und zerriss und zerstiess sich an den Rändern; die Zeichnung selbst blieb in gutem Zustande. Kürzlich zog man das Blatt zu Ehren und brachte es einem kleinen Glasermeister, damit er es ganz einfach einrahme, mit dem Bemerken, neu sei es ja nicht mehr und viel wolle man nicht daran wenden, aber es sei eben doch von Böcklin, sei sehr gut getroffen, und

man hänge daran als werter Familienerinnerung. Der Glasermeister, dessen Kenntnisse nicht über seinen Beruf hinausgehen und dem speziell, wie er glaubhaft behauptet, völlig unbekannt war, was denn jener Böcklin sei, versprach sein Bestes. Bei näherer Prüfung der Ränder des Bildes hielt er für angezeigt, dieses mit einem sog. Passepartout zu umrahmen, und brachte es, um einen solchen auszuwählen und das Bild aufziehen zu lassen, zu einem Buchbinder. Da sich kein passender vorfand, versprach der Buchbinder einen zu beschaffen, der Glaser möge die Zeichnung nur da lassen. Dies geschah ohne weitere Instruktion und der Glaser ging fort. Der Buchbinder schnitt nun die zerfetzten Ränder ab, legte das Bild auf den Tisch und ging zu einem Kollegen, das Benötigte zu kaufen. Bei seiner Rückkehr war das Blatt verschwunden; es ist wahrscheinlich von dem Lehrjungen beim Aufräumen der Werkstatt als wertloses Packpapier beseitigt worden. Der Eigentümer des Bildes verlangte vom Glaser 100 Fr. Schadenersatz, dieser verlangte Abweisung des Klägers wegen Zufalls, eventuell weil ein Schaden nicht vorliege und nur ein Affektionsinteresse verletzt sei. Der Richter verurteilte den Beklagten zu Zahlung von 25 Fr.

Motive: Zwischen Eigentümer (E.) und Glaser (G.) wurde ein Werkvertrag, zwischen G. und Buchbinder (B.) ein zweiter Werkvertrag geschlossen, zu dessen Ausführung E. dem G. und dann G. dem B. die Zeichnung übergeben hat. Durch Zerstörung der Zeichnung ist G. und B. die Ausführung des Vertrags unmöglich geworden. Für die Haftung des G. gegenüber E. kommen Art. 110 und 351 O. R. in Betracht. G. haftet demnach, sofern er nicht beweist, dass weder ihm selbst noch dem B., dem er einen Teil der Ausführung des Vertrags übertragen, ein Verschulden zur Last fällt. Wäre er verpflichtet worden, das Werk persönlich auszuführen, so würde er auch für casus haften; es lässt sich aber nicht sagen, dass es nach der Natur des Geschäfts auf persönliche Eigenschaften des Unternehmers ankam; die übertragene Arbeit konnte jeder andere Glaser gerade so gut ausführen und ausdrücklich war die Substitution nicht untersagt. Von einem Verschulden des G. kann nun nicht gesprochen werden. Wenn er den B. nicht auf den Kunstwert der Zeichnung hinwies, so kann ihm daraus kein Vorwurf gemacht werden, weil er selbst die Äusserung des E., die diesen Hinweis bezweckte, nicht verstand und kunstgeschichtliche Kenntnisse von einem Glaser nicht gefordert werden können. Dass er die Zeichnung bei B. liess, war

bei der Sachlage gerechtfertigt, und dem B. zu sagen, E. lege Wert auf sie, war überflüssig, da sich dies ohne Weiteres aus dem Umstande ergab, dass das Bild zum Einrahmen gegeben wurde. Dagegen liegt eine von G. vertretbare Schuld des B. in Bewahrung des ihm übergebenen Bildes vor. B. hätte die Zeichnung, deren Wertlosigkeit er nicht annehmen konnte, verwahren sollen, um so mehr als bei deren Zustand und Material die Gefahr der Beseitigung seitens eines seiner Angestellten, der vielleicht nur die Rückseite sah, und es für ein altes Stück Papier halten mochte, nahe lag; er hätte sie nicht sollen herumliegen lassen. Dies Verschulden gab Anlass zu der Zerstörung des Bildes, und von einem zufälligen Untergang kann nicht gesprochen werden. G. haftet also E. für Schadenersatz.

Auf Seite des E. liegt ein Vermögensschaden vor. Dass er in erster Linie an dem Bilde hieng, weil es eine werte Familienerinnerung war, und dass er es aus diesem Grunde auch wohl nicht verkauft hätte, hindert nicht, dass objektiv betrachtet dem Bilde ein materieller Wert zukam, und da es zerstört ist, so ist das Vermögen des E. um diesen Wert verringert, während allerdings das Plus, welches im Affektionsinteresse liegen mag, ausser Betracht fällt, da ein von G. zu vertretendes schweres Verschulden nicht vorliegt. Wenn nun auch keinerlei Spur vom Bilde mehr da ist, so muss doch bei der Bedeutung des Künstlers und der nach Berichten beider Parteien guterhaltenen Zeichnung dem Blatt ohne weiteres ein Wert beigemessen werden, der der Hälfte des Ansatzes des E. entspricht. Es rechtfertigt sich aber nach Art. 116 und Analogie des Art. 51 Abs. 2 den G. nur zum Ersatz von 25 Fr. zu verurteilen. Denn G. konnte, bei seiner Unkenntnis der Bedeutung Böcklins, bei Eingehung des Vertrags nicht voraussehen, dass durch Vernichtung der Zeichnung dem E. ein Schaden von so hohem Betrage, wie es thatsächlich der Fall war, entstehen würde; er konnte den Worten des E. entnehmen, dass das Bild mehr eine Familienerinnerung als ein Kunstwerk sei, und er war durch nichts veranlasst, ihm einen höheren Wert als einer jeden kleinen Portraitskizze beizulegen. Andrerseits hätte E. den G. deutlicher und für dessen Bildungsstufe verständlicher als er es that, darauf aufmerksam machen sollen, dass es sich um etwas handle, was trotz dem unscheinbaren Aussehen wertvoller sei als manches farbenfrische Gemälde; er hat gehandelt wie der Mandant, der dem Mandatar einen Brief zur Bestellung übergiebt mit dem Beifügen, er hänge sehr

ger Besorgung, und der, nachdem ihn der Mandatar
tausende als Schadenersatz begehrt, indem er nach-
ss der Brief Banknoten in diesem Betrage enthalten
ätte E. den G. gebührend auf den Wert aufmerk-
acht, so hätten G. und B. das Bild gewiss auch
rwahrt.

---

*Contocorrent. Rechtliche Bedeutung der Aner-
ines Contocorrentabschlusses; die Klausel „S. E. e. O."
g auf eine fortlaufende Rechnung als Klagebegründung;
ft der Geschäftsbücher; „Contocorrentbüchlein".*

b. Urteil des Handelsgerichts vom 14. Oktober 1892 i. S.
. Leihkasse N.

Müller N. stand seit 1878 mit der Leihkasse N. in
entverkehr. Diese eröffnete ihm einen Kredit, indem
cccepte, welche er seinen Getreidelieferanten aus-
nlöste, und hiegegen übergab ihr N., ausser seinen
ngen im Contocorrent, zur Sicherstellung seine
echsel. Der Betrag der letzteren wurde ihm je-
ort in Contocorrent gutgeschrieben; indessen pflegte
grösseren Teil dieser Wechsel vor dem Inkasso,
eln, teils serienweise, wieder zurückzunehmen, sei
dieselben von den Kunden bestritten wurden, sei es
sich Wechsel verbeten hatten. Den Betrag dieser
nommenen Wechsel pflegte N. bei der Rücknahme
len. Statt ihm nun diese Zahlungen im Conto-
utzuschreiben und ihn für die Rückerstattung der
im einzelnen zu belasten, wurde dem N. jeweilen
eine der bezahlten Summe entsprechende Anzahl von
gegeben und in der Buchhaltung von der Operation
am Wechselscontro, Kassabuch und Wechselconto
genommen; dieser Verkehr erschien daher im Conto-
cht.

ı ähnlichen Verkehr unterhielt N. zu gleicher Zeit
Verwalter Z. der Leihkasse, welcher ebenfalls zu
usdehnung gedieh. Da N. eine äusserst mangelhafte
ıng hatte, wohl auch nicht die nötigen Kenntnisse
ige Operationen besass, unterliess er es, den Ver-
dem Verwalter von demjenigen mit der Leihkasse
u trennen. Dies führte schliesslich zu Differenzen
N. und der Leihkasse, sowie auch mit deren Ver-
folge deren die Leihkasse gegen N. den durch den
ontocorrentabschluss erzeigten Rechnungssaldo ein-
ogegen der Beklagte jede Verbindlichkeit bestritt.

Die Leihkasse hatte dem N. halbjährlich Contocorrentauszüge, je per 30. April und per 31. Oktober zugestellt; derjenige auf 31. Oktober 1888 schloss mit einem Saldo zu ihren Gunsten von Fr. 22,965. Hiefür liegt nun ein Schreiben des Beklagten vom 30. Nov. 1888 vor, worin dieser erklärt, er finde diesen Rechnungsabschluss richtig und anerkenne jenen Saldo. Für die spätern Abschlüsse ist dagegen keine Anerkennung seitens des Beklagten erfolgt.

Der Beklagte behauptete, seine Anerkennung des Abschlusses auf 31. Oktober 1888 beruhe auf einem Irrtum seinerseits, welcher durch Betrug des Verwalters der klägerischen Leihkasse hervorgerufen worden sei, die Anerkennung sei daher für ihn unverbindlich.

Für seinen Contocorrentverkehr erhielt der Beklagte von der Leihkasse von Anfang an ein Contocorrentbüchlein; in demselben wird „der Besitzer" desselben als zum Bezuge des Guthabens berechtigt erklärt. Der Beklagte behauptete nun, dass das Büchlein in der Regel auf der Leihkasse gelegen habe, was seine Kontrole erschwert habe; diese Behauptung ist indessen von der Klägerin bestritten worden.

Gemäss den Anträgen der Parteien wurde eine Bücher-Expertise über das streitige Rechnungsverhältnis angeordnet, jedoch bloss so weit, als dasselbe Soll- und Haben-Posten anbetrifft, welche nach dem Rechnungsabschlusse per 31. Okt. 1888 entstanden sind. Dem Experten wurden die Bücher der Leihkasse zugänglich gemacht. In seinem Gutachten erklärte derselbe, die Bücher der Klägerin seien in guter Ordnung geführt, und im einzelnen stimmen sie überall mit den Angaben der Klägerin vollständig überein.

Die Klage wurde gutgeheissen.

Aus den Gründen: 1. Der Rechnungsverkehr der Parteien, wie er im Contocorrentabschluss vom 31. Okt. 1888 zur Erscheinung kommt, ist als kaufmännisches Contocorrentverhältnis aufzufassen; denn der Beklagte erhielt halbjährlich, auf 30. April und 31. Oktober, von der Klägerin Rechnungsabschlüsse, welche durchaus in der Form des kaufmännischen Contocorrents aufgestellt sind. Im ferneren darf als wahrscheinlich angenommen werden, die Willensmeinung der Parteien sei, wie es im Wesen des Contocorrentverhältnisses liegt, jeweilen dahin gegangen, dass die einzelnen Leistungen sich nicht auf bestimmte Gegenleistungen beziehen, im Sinne einer gegenseitigen Tilgung, sondern dass alle Einzelposten rechtlich in der Abschlussumme und im Saldoergebnis aufgehen

en. (Vgl. Gareis & Fuchsberger, Commentar z. deutsch. }. B. Art. 291, Nr. 120.)

Die rechtliche Natur dieses Rechnungsverhältnisses wird it etwa dadurch verändert, dass ein Teil des Rechnungs- kehrs der Parteien nicht in den Contocorrent einbezogen de, nämlich der Verkehr bezüglich der vom Beklagten nträglich wieder zurückgezogenen Deckungswechsel, wel- · darin bestand, dass die Klägerin gegen Rückgabe dieser chsel vom Beklagten die Zahlung des ihm s. Z. dafür litierten Betrages nebst Zinszuschlag erhielt. Dieses Ver- en entsprach allerdings nicht ganz den Bedürfnissen einer kommen geordneten Buchführung, hatte aber andrerseits, esehen von der hieraus für den Beklagten resultierenden Pro- onsentlastung, auch den Vorteil einer bedeutenden Verein- ung der Rechnung für sich, was wiederum dem Beklagten kommen sein musste, und es ist daher anzunehmen, er habe e Ausscheidung, gegen die er nie etwas einwandte, gebilligt.

2. Es ist konstante Gerichtspraxis, dass die Anerkennung s Contocorrentabschlusses an sich ein geeignetes Klage- lament für den darin dokumentierten Rechnungssaldo bildet Entscheidungen des deutschen Reichsoberhandelsgerichtes, XVI S. 30, und Gareis & Fuchsberger a. a. O. Nr. 120, n. 2 Nr. 125 u. 141).

Im Brief des Beklagten vom 30. Nov. 1888 liegt nun weifelhaft eine unumwundene Anerkennung des Conto- entabschlusses per 31. Oktober 1888. Der Beklagte ist er bei dieser Anerkennung zu behaften, und die einge- ;te Forderung, soweit sie aus dem Geschäftsverkehr bis jenem Zeitpunkte folgt, als festgestellt anzusehen.

3. An dieser rechtsverbindlichen Natur der Saldoaner- nung wird durch den Umstand nichts geändert, dass die ;erischen Contocorrentauszüge die übliche Klausel S. E. ). („Salvis erroribus et omissionibus“ — „sauf erreurs et ssions“) enthalten. Wie die Gerichtspraxis annimmt Gareis & Fuchsberger a. a. O. Nr. 127), sind trotz dieser usel Reklamationen gegen die Richtigkeit einzelner Posten, ie auch allgemeine Rügen bedeutungslos, und es können enüber einem Saldoanerkenntnis nur noch Ansprüche wegen ehöriger Bereicherung in Betracht fallen. Die Einrede des sen Irrtums erscheint also als unerheblich und es ist entlich ohne rechtliche Bedeutung, wenn der Beklagte rendet, dass er das Rechnungsverhältnis nicht verstanden ; diese Entschuldigung kann bei einem derartigen Ver- · unmöglich genügen.

4. Einzig für die Einrede der Arglist muss eine Ausnahme zugelassen werden, wie sich dies auch schon aus allgemeinen Rechtsprinzipien ergiebt (Schw. O. R. Art. 24). In casu hat aber der Beklagte nichts für seine ganz allgemein gehaltene Behauptung, dass er zur Anerkennung des Saldo durch betrügerische Handlungen ab seiten des Verwalters der klägerischen Leihkasse verleitet worden sei, beibringen können.

5. Was dagegen die streitigen Posten aus der Zeit nach dem 31. Oktober 1888 anbelangt, so liegt es angesichts der Bestreitung derselben der Klägerin ob, ihr Klagefundament zu erbringen. Die klägerische Forderung löst sich hier, mangels einer Saldoanerkennung, in ihre einzelnen Posten auf, welche von der Klägerin zu beweisen sind. Für die Klagebehauptungen ist von der Klägerin zunächst lediglich auf den Contocorrent, ihre Bücher und übrigen Skripturen verwiesen worden, indessen kann diese Klagebegründung als genügend angesehen werden.

6. Der Experte erklärt, die Führung sämtlicher Bücher seitens der Klägerin entspreche durchaus den Anforderungen, welche an eine geordnete kaufmännische Buchhaltung gestellt werden müssen. Die zürcher. Gerichtspraxis hat nun von jeher angenommen, dass Geschäftsbücher, wenn sie ordentlich geführt sind und ein Handelsverkehr zwischen Kaufleuten nachgewiesen ist, vollen Beweis bilden (Sträuli, Kommentar z. Ges. betr. Rechtspflege § 408, Nr. 2, und handelsrechtl. Entsch. Bd. XI, S. 46, 226 u. 256). Es wäre dem Beklagten offen gestanden, seinerseits durch ordnungsgemäss geführte Geschäftsbücher den Gegenbeweis zu führen und allfällige unrichtige Bucheinträge der Klägerin zu entkräften. Wenn aber ein Kaufmann in pflichtwidriger Weise (gegen die Vorschrift des Art. 877 O. R.) zumal bei so komplizierten Rechnungsverhältnissen jede Buchführung unterlässt, so hat er es nur seinem Verschulden zuzuschreiben, wenn er dadurch möglicherweise in Schaden kömmt

7. Für den Contocorrentverkehr steht der Klägerschaft ausserdem als gewichtiges Beweismittel das „Contocorrentbüchlein“ zur Seite. Dasselbe stellt sich seiner Anlage und Bestimmung nach als ein sog. „Beilenbüchlein“ dar, mit dem Zwecke, die Leistungen der Parteien zu beurkunden und gegenseitig zu kontrolieren. Die Einträge in solche Urkunden enthalten nach Auffassung der zürcher. Gerichtspraxis eine Anerkennung ihrer Richtigkeit von Seiten des Inhabers, gerade so gut, wie die Unterzeichnung eines Schuldscheines (Zeitschr. f. zürcher. R. Bd. XIX, S. 314, vgl. auch Gareis & Fuchsberger a. a. O. Nr. 142).

Der Umstand, dass der Beklagte, wie er behauptet, das Büchlein in der Regel bei der Leihkasse habe liegen lassen, könnte hieran nichts ändern; denn in dem Verhalten des Beklagten dürfte gewiss die Kundgebung eines Verzichts auf spätere Einwendungen erblickt werden, und der Beklagte giebt auch als Motiv für dasselbe an, dass er in den Verwalter der Leihkasse ein blindes Zutrauen gesetzt habe.

8. Da nach dem Gutachten des Experten sämtliche Rechnungsbehauptungen der Klägerin durch die soeben erwähnten, volle Beweiskraft enthaltenden Skripturen der letzteren als hergestellt und die Bestreitungen und Einwendungen des Beklagten hiedurch als widerlegt anzusehen sind, so ist die Klage ohne weiteres gutzuheissen.

---

23. *Ehescheidungsgründe. B.-Ges. betr. Zivilstand und Ehe vom 24. Dez. 1874 Art. 46 e und 47.*

**Baselstadt.** Urteil des Zivilgerichts vom 6. Januar 1892.

Rechtsgründe: Liegen auch objektiv schwere Misshandlungen und tiefe Ehrenkränkungen der Ehefrau seitens des (laut gerichtlicher Expertise geisteskranken) Mannes vor, so kann doch eine Scheidung auf Grund von Art. 46 b nicht ausgesprochen werden, da der Mann für jene Thatsachen nicht verantwortlich erklärt werden kann. Ebenso wenig kann aber seinem Begehren um Scheidung nach Art. 45 entsprochen werden, da er in seinen Entschlüssen nicht frei ist. Die Meinung des Gesetzes ist nun aber nicht die, dass, auch wo die Geisteskrankheit des einen Teiles wie hier zu der tiefsten Zerrüttung des ehelichen Lebens führt und dessen Fortführung zu der schwersten körperlichen und seelischen Plage macht, die Scheidung nur auf Grund von Art. 46 e erfolgen kann. Es hiesse dies den leidenden Teil den schwersten Gefahren aussetzen. Beklagter ist zur Zeit noch im Stande, sein Brot zu verdienen; wollte man die Scheidung nicht aussprechen, so bliebe der Klägerin nichts übrig als ihn in einer Irrenanstalt unterzubringen und so brotlos zu machen. Es wird also auch hier Art. 47 subsidiär Platz greifen, und da jede Besserung ausgeschlossen erscheint, ist auf Grund desselben die Ehe gänzlich zu trennen. Die Kosten müssen, da den Beklagten eine zurechenbare Schuld nicht trifft, infolge des der Klägerin gewährten Armenrechts dahinfallen.

---

24. *Provisorische Rechtsöffnung auf Grund einer Schuldanerkennung. Begriff dieser letzteren. Art. 82 B.-G. über Betr. und Konk.*

a) **Bern.** Urteil des App.- und Kass.-Hofes vom 1. Juli 1892 i. S. Kratzer c. Rihm.

Die Parteien hatten einen als „Kaufvertrag" betitelten Akt unterzeichnet, laut welchem Rihm dem Kratzer ein Gut in Thurgau um 21,500 Fr. verkaufte und der Käufer bei Unterzeichnung des Vertrags 1500 Fr. und bei gesetzlicher Fertigung 2500 Fr. Anzahlung leisten sollte. Da diese Anzahlung nicht erfolgte, setzte der Verkäufer den Käufer in Betreibung. Dieser bestritt die Forderung teilweise. Dem Rechtsöffnungsbegehren des Verkäufers setzte er Einwendungen entgegen, die darauf hinausliefen, die Kaufurkunde ermangle nach Thurgauer Recht der Rechtsförmigkeit und Verbindlichkeit und sei inhaltlich noch nicht ein perfekter Vertrag, weil zwei dem Käufer mitzugesicherte Jucharten Wald und die Pfandschulden nicht darin aufgeführt seien. Der App.- und Kass.-Hof verwarf die Einwendung der Nichtrechtsförmigkeit des Aktes, wies aber das Rechtsöffnungsbegehren mangels Vorhandenseins einer Schuldanerkennung ab.

Motive: Es fragt sich, ob jene Urkunde eine Schuldanerkennung des Impetraten (Käufers) im Sinne von Art. 82 B.-G. in sich schliesse oder nicht. Nun kann der Begriff der Schuldanerkennung doch offenbar nicht auf solche Fälle ausgedehnt werden, wo der Schuldner eine Geldleistung nicht vorbehaltlos, sondern nur unter der Voraussetzung einer Gegenleistung des Gläubigers verspricht, deren Erfüllung nicht ausser Zweifel steht. Es handelt sich hier um eine Ausnahmebestimmung zu Gunsten des Gläubigers, der im Besitze eines liquiden Zahlungsversprechens des Betriebenen sich befindet und dem die Beschreitung des Prozessweges behufs Beseitigung des Rechtsvorschlags bloss dann zugemutet werden will, wenn der Betriebene die Nichtexistenz einer Schuldpflicht sofort glaubhaft zu machen vermag. In casu hat sich der Impetrat freilich verpflichtet, *bei Unterzeichnung des Vertrages* an die Kaufsumme 1500 Fr. anzuzahlen; allein dieses Zahlungsversprechen erfolgte selbstverständlich nicht unbedingt, sondern unter der Voraussetzung, dass ihm der Impetrant die Kaufobjekte vertragsgemäss abtreten werde. Die Erfüllung dieser Gegenverpflichtung ist aus dem Vertrage selbst nicht ersichtlich und das Zahlungsversprechen des Impetraten involviert daher keine Schuldanerkennung nach Massgabe von Art. 82. Dass gedachter Ausdruck in

der That strikt ausgelegt werden muss, dafür bildet auch der Umstand eine Bestätigung, dass die Entwürfe des B.-G. über Betr. und Konk. sich noch der Wendung bedienten, „(ein vollstreckbares Urteil oder) eine andere beweiskräftige Urkunde," während in der definitiven Redaktion der engere und präzisere Ausdruck „Schuldanerkennung" gewählt wurde.

(Zeitschr. des Bern. Jur. Ver. XXVIII S. 440 f. und ein ähnlicher zweiter Fall auf S. 443, woselbst die Motive besagen: „unter Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 hat man ein vorbehaltlos und ohne Rücksicht auf Gegenleistungen des Gläubigers, deren Erfüllung nicht ausser Zweifel steht, abgegebenes Zahlungsversprechen des Schuldners zu verstehen.")

---

b) **Fribourg.** Jugement du Président du Tribunal de l'arrond. de la Sarine du 29 février 1892.

En vertu d'une cédule du capital de 1000 fr., le créancier L. B. a notifié un commandement de payer au débiteur D. G. Celui-ci a formé opposition; à la requête de L. B. tendant à la main-levée provisoire de l'opposition en conformité des art. 82 et 84 Loi P. et F., les parties ont été assignées par-devant le Président du Tribunal de l'arrondissement de la Sarine. D. G. s'est présenté et a contesté la signature apposée au pied de la cédule qui est un faux. L. B. ne s'est pas présenté. Le Président a admis l'opposition et renvoyé L. B. à se pourvoir par la procédure ordinaire à la reconnaissance de sa prétention.

Motifs: Considérant que l'art. 82 Loi P. et F. ne limite pas les motifs d'opposition invoqués par le débiteur; qu'il suffit que ces motifs justifient la libération qu'il invoque; que la loi laisse donc à la prudence et à la libre appréciation du juge d'examiner le bien-fondé de tout allégué du débiteur à l'appui de son opposition; qu'il est donc loisible au juge d'apprécier, en l'espèce, si l'affirmation de D. G. que la cédule à la base de la poursuite dirigée contre lui est l'oeuvre d'un faux, parait vraisemblable et justifie de ce chef la libération du dit D. G. de la poursuite dirigée contre lui; que la compétence du juge de connaître de pareil allégué se déduit par a fortiori de la disposition de l'art. 182 nr. 2 de la loi; que, dans l'espèce, les allégués de fait de la partie comparante, la nature de la signature de la cédule en question paraissent justifier l'opposition de l'intimé.

---

c) **Fribourg.** Arrêt de la Cour de cassation du 10 octobre 1892 d. l. c. Soussens c. Pittet.

La Banque populaire suisse a ouvert à Ch. Genoud un crédit jusqu'à concurrence de 1500 fr. Dans l'acte de crédit stipulé C. Pittet et M. Soussens ont déclaré se constituer cautions solidaires des engagements du débiteur. Genoud, après avoir épuisé le crédit, a fait défaut de le rembourser; Pittet a payé à la Banque les sommes perçues et a fait notifier à Soussens le commandement de lui en payer la moitié. Soussens a fait opposition, en prétendant que le cautionnement signé par lui dans l'acte de crédit ne constitue pas une reconnaissance de dette en faveur de Pittet et qu'il ne lui doit rien. Le Président du Tribunal de la Sarine a rejeté l'opposition en se fondant sur ce que Pittet se trouve au bénéfice d'un titre constatant l'existence en sa faveur d'une créance contre sa cocaution Soussens et que celui-ci n'a pas démontré qu'il ait été libéré de ses engagements. En conséquence, le Président a ordonné la main-levée provisoire de l'opposition. La Cour de cassation a admis le premier moyen de défense consistant en ce que le cautionnement signé ne constitue pas une reconnaissance de dette, et a annulé la main-levée.

Motifs: Considérant que la question à trancher est celle de savoir si la poursuite de C. Pittet est fondée sur une reconnaissance de dette;

Qu'il faut entendre par reconnaissance de dette la déclaration écrite par une personne constatant qu'elle s'engage, sans conditions ni réserves, envers une autre, à une prestation d'une valeur déterminée en une somme d'argent (voir Archives de la poursuite pour dettes Nr. 1 p. 29); l'acte ne mentionnant pas les points essentiels susindiqués ne constitue point une reconnaissance de dette, mais devient un simple moyen de preuve. Or, dans l'espèce, le cautionnement prêté par M. S. ne saurait à aucun point de vue être envisagé comme une reconnaissance de dette, attendu que l'acte de cautionnement est conditionnel par sa nature, puisqu'il ne produit d'effet qu'au cas où se réalisent deux conditions essentielles, à savoir la livraison de la somme par le créancier au débiteur et le non paiement de dite somme par ce dernier.

Qu'il suit de là que le cautionnement, loin de constituer une reconnaissance de dette pure et simple, n'est autre chose qu'une promesse de payer subordonnée à certaines conditions. (Journal des Tribunaux 1892 Nr. 47.)

---

25. *Poursuite pour effets de change. Opposition basée sur l'exception de jeu. Main-levée de l'opposition. Art. 182 § 3 et 4 L. P. et F.*

**Vaud.** Jugement du Tribunal cantonal du 20 septembre 1892 d. l. c. Joss c. Dind et Cie.

Par lettre du 24 février 1892, C. Joss a remis à Dind et Cie trois lettres de change tirées sur divers, du montant brut de 7600 fr. 85, dont le produit devait lui être versé, ensuite de convention entre parties, pour le lundi suivant, au plus tard. Ces traites n'ayant pas été payées aux échéances, furent protestées et les comptes de retour acquittés par les endosseurs Dind et Cie. Ceux-ci, pour se récupérer vis-à-vis du tireur, lui notifièrent trois commandements de payer, en date du 10 août 1892; mais par acte du 16 août, C. Joss fit opposition à ces commandements de payer, en alléguant qu'il ne devait pas les sommes réclamées, lesquelles découlent d'opérations de jeu ne pouvant donner lieu à aucune action en justice (art. 512 et 513 C. O.). Cette opposition ayant été soumise au Président du Tribunal par l'office des poursuites, ce magistrat convoqua les parties à son audience; la maison Dind et Cie requit la main-levée de cette opposition et le Président prononça cette main-levée. C. Joss a recouru contre ce prononcé, dont il demande la réforme, en ce sens que l'opposition du débiteur étant maintenue, Dind et Cie sont renvoyés à faire valoir leurs droits par la voie de la procédure ordinaire. Dind et Cie ont conclu au maintien du prononcé du Président de Lausanne. Le Tribunal cantonal a écarté le recours de Joss.

Motifs: Considérant que Joss ne conteste ni sa signature apposée sur les lettres de change, qui sont à la base de l'action, ni la forme régulière des effets, ni l'observation légale par Dind et Cie des formes et délais en matière de poursuite de change;

Qu'il limite expressément son opposition à un seul moyen, consistant à dire que les effets en cause ont été souscrits en couverture d'opérations de jeu, qui ne donnent pas d'action en justice;

Que, dès lors, Joss ne soulevant aucune exception admissible en matière de lettre de change, ne peut prétendre à l'application, en l'espèce, de l'art. 182 § 3 L. P.

Considérant que l'exception de jeu est une exception de droit civil, du nombre de celles prévues à l'art. 811 C. O.; que l'opposition du débiteur, fondée sur l'un des moyens

mentionnés au dit art. 811, ne peut être déclarée recevable que si le dire du débiteur paraît vraisemblable;

Que dans ce cas, ce dernier est tenu de déposer, au préalable, le montant de l'effet en espèces ou autres valeurs.

Considérant que Joss n'a pas démontré que le moyen invoqué à l'appui de son opposition fût vraisemblable;

Qu'en outre, invité par le juge à effectuer le dépôt prescrit par l'art. 182 § 4 L. P., Joss a déclaré n'être pas en mesure de le faire.

Considérant que, dans ces circonstances, il y a lieu d'admettre avec le prononcé dont est recours que l'opposition de Joss n'est pas recevable.

(Journal des tribunaux 1892 Nr. 45.)

---

26. *Anwendbarkeit des alten kantonalen Konkursrechts oder des Bundesgesetzes über Betreibung und Konkurs in Betreff von Anfechtungsklagen?* Art. 319 Ziffer 3 und Art. 331 B.-Ges. betr. Betr. und Konkurs.

**Baselstadt.** Urteil des Appellationsgerichts vom 14. November 1892 i. S. Massakuratel der Allg. Kreditbank c. Eidgenössische Bank.

Am 24. Dezember 1891 wurde über die Allgemeine Kreditbank in Basel der Konkurs verhängt. Die Massakuratel focht eine Pfandbestellung an, die diese Bank noch am 19. November 1891 der Eidgenössischen Bank gemacht hatte. Die Parteien waren darüber streitig, ob diese Anfechtung nach Basler Konkursgesetz oder nach Bundesgesetz zu beurteilen sei. Die Klägerin nahm ersteres in Anspruch, weil der Konkurs vor 1. Januar 1892 ausgebrochen, also noch nach Basler Recht zu erledigen sei, gemäss Art. 319 Ziff. 3 B.-Ges., gegenüber dem der Art. 331 nur für Konkurse, die seit dem 1. Januar ausgebrochen seien, gelten könne. Die Beklagte erachtete den Art. 331 als für alle schwebenden Konkurse massgebend. Ueber das Verhältnis dieser beiden Artikel zu einander waren beide Instanzen der Ansicht, dass Art. 331 nicht auf die schon vor 1. Januar 1892 verhängten Konkurse Anwendung finde, dass also die fragliche Anfechtung nach altem Basler Konkursrechte zu entscheiden sei. Das Appellationsgericht äusserte sich darüber folgendermassen:

Man könnte zwar durch den Wortlaut des Art. 331 Bundesges. zu der Auffassung verleitet werden, dass der Art. 319 Ziff. 3 auf unsern Fall nicht anwendbar sei, d. h. Art. 331 nicht in dem von der I. Instanz angenommenen Unterordnungsverhältnis zu Art. 319 stehe, wonach er nur für die

seit 1. Januar 1892 eröffneten Konkurse gelten kann. Indessen ergiebt sich die Richtigkeit der erstinstanzlichen Annahme aus folgender Betrachtung:

Wenn der Art. 331 ganz fehlen würde, so hätte das zur Folge, dass in allen, auch seit 1. Januar 1892 eröffneten, Konkursen die fraglichen im Bundesgesetz mit Anfechtung bedrohten Rechtshandlungen, die vor den 1 Januar fallen, nach dem Recht zu beurteilen wären, das zur Zeit ihrer Entstehung gegolten hat, gemäss Art. 882 O. R., also in Kantonen, die vorher keine Anfechtungsklage kannten, unanfechtbar, in Kantonen dagegen, die vorher in ihrem Konkursgesetz Anfechtungsbestimmungen hatten, nach diesen letzteren zu behandeln wären. Der Art. 331 geht nun in der That von dieser Annahme aus und sanktioniert sie bezüglich der Kantone, die diese Rechtshandlungen vorher anerkannt hatten. Dagegen will er — und das ist offenbar sein einziger Zweck, — vermeiden, dass in den Kantonen, die bisher Anfechtungsbestimmungen hatten, diese noch zur Anwendung kommen sollen in Konkursen, die im übrigen durchweg nach den Vorschriften des Bundesgesetzes zu behandeln sind. Daher schreibt er vor, dass in diesen Fällen die Anfechtungsbestimmungen des Bundesgesetzes anzuwenden seien, offenbar aus dem Grunde, um die Anwendung verschiedener Konkursgesetze in einem und demselben Konkurse zu vermeiden. Denn dass Art. 331 die vor dem 1. Januar 1892 giltig gewesenen Rechtshandlungen nicht mit der Anfechtbarkeit trifft, auch nicht in seither erst eröffneten Konkursen, ist klar. Hat also der Artikel nur das Ziel im Auge, den Konflikt alten und neuen Konkursrechts in derselben Sache zu vermeiden, so folgt daraus, dass wo der Konkurs gemäss Art. 319 nach altem Rechte durchzuführen ist, auch dessen Anfechtungsbestimmungen zu befolgen sind, und dass dem Art. 331 nur die Tragweite zukommen kann, die der entsprechende § 9 der Einführungsbestimmungen zur Deutschen Konkursordnung ausdrücklich festsetzt, indem er die analoge Anwendung des neuen Gesetzes nur für die seit Inkrafttreten desselben eröffneten Konkurse vorschreibt. In der That liesse es sich weder vom grundsätzlich juristischen, noch vom praktischen Standpunkt aus rechtfertigen, die Feststellung der Rechte der Gläubiger unter sich und gegenüber dem Schuldner nach verschiedenen Gesetzen vorzunehmen.

---

## A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichtes.

---

27. *Art. 29 B.-Ges. betr. Organisation der Bundesrechtspflege. Berechnung des die Berufung an das Bundesgericht bedingenden Streitwertes bei Zinsenforderungen.*

B. hatte gegen eine Aktiengesellschaft eine Zinsenforderung von Fr. 600 eingeklagt, die Beklagte aber eingewendet, B. habe sich verpflichtet an Stelle seiner Obligationen Prioritätsaktien anzunehmen. Die gegen das verurteilende kantonalgerichtliche Urteil von der Beklagten ergriffene Berufung an das Bundesgericht wurde von letzterm als unzulässig erklärt. Gründe: Auf die Weiterziehung der Beklagten kann wegen mangelnden Streitwertes nicht eingetreten werden. Eingeklagt ist lediglich die Zinsforderung. Eine Widerklage dahin, dass Kläger verpflichtet werde, die von der Beklagten angestrebte Konversion seiner Kapitalforderung sich gefallen zu lassen, ist nicht erhoben worden. Demnach war denn im gegenwärtigen Verfahren rechtskräftig nur über den mit der Klage geforderten Zinsenbetrag zu entscheiden, nicht über die Pflicht des Klägers, die Konversion seiner Kapitalforderung anzunehmen. Die Frage, ob eine solche Pflicht bestehe, musste allerdings vom Richter bei seiner Entscheidung über die Klageforderung, als für diese Entscheidung präjudiziell, erwogen werden, dagegen war hierüber nicht rechtskräftig, durch Urteilsdispositiv, zu entscheiden. Wollte die Beklagte eine rechtskräftige Entscheidung über die gedachte Frage im gegenwärtigen Verfahren herbeiführen, so musste sie einen darauf zielenden Widerklageantrag stellen. Bemisst sich aber danach der Streitwert ausschliesslich nach dem Betrage der eingeklagten Zinsenforderung, so ist der gesetzliche Streitwert von 3000 Fr. nicht gegeben.[1]) (Entsch. v. 13. Januar 1893 i. S. Cilander c. Blumer.)

---

[1]) Vgl. Revue X Nr. 51; XI Nr. 2.

28. *Art. 29 B.-Ges. betr. Organisation der Bundesrechtspflege und Art. 76 O. R. Sind ehegüterrechtliche Verträge nach eidgenössischem oder nach kantonalem Rechte zu beurteilen?*

Ein Übereinkommen über die Güterausscheidung von Eheleuten ist kein obligationenrechtlicher, sondern ein familienrechtlicher, speziell ehegüterrechtlicher Vertrag. Auf dasselbe ist daher nicht eidgenössisches, sondern kantonales Recht anwendbar (Art. 76 O. R.). Auch die allgemeinen Bestimmungen des eidg. O. R. finden als solche, als Rechtsnormen eidg. Rechts keine Anwendung; ehegüterrechtliche Übereinkommen unterstehen vielmehr in allen Richtungen ausschliesslich dem kantonalen Rechte. Gelten die allgemeinen Grundsätze des Obligationenrechtes, wie sie in dem Bundesgesetze niedergelegt sind, in dem betreffenden Kanton (in casu Solothurn) insoweit als die kantonale Gesetzgebung keine abweichenden Spezialbestimmungen enthält, auch für die dem kantonalen Rechte vorbehaltenen Verträge, so gelten sie in dieser ihrer Anwendung nicht kraft bundesgesetzlicher, sondern kraft kantonalgesetzlicher Anordnung, nicht als Rechtssatz des eidgenössischen, sondern des kantonalen Rechts. (Entsch. v. 25. Dezember 1892 i. S. Eheleute Jeissi.)[1]

---

29. *Art. 30 B.-Ges. betr. Organisation der Bundesrechtspflege. Art. 1, 2 und 229 O. R. Erfordernisse des Kaufvertrages; Streit über gültigen Abschluss eines solchen, Thatfrage oder Rechtsfrage? Vorbehalt von Nebenpunkten.*[2]

1. Bei Prüfung der Frage, ob ein bindender Vertrag abgeschlossen worden sei, handelt es sich nicht um eine blosse Thatfrage. Thatfrage ist allerdings, welche gegenseitigen Zusicherungen zwischen den Parteien seien ausgetauscht worden; dagegen ist die weitere Frage, ob die ausgetauschten gegenseitigen Zusicherungen den Thatbestand eines perfekten Kaufvertrages erfüllen, eine Rechtsfrage, welche nach Rechtsgrundsätzen, speziell nach den Bestimmungen des Art. 1 und 229 ff. O. R. zu beurteilen ist und daher der Nachprüfung des Bundesgerichtes untersteht. Haben die Parteien sich über alle wesentlichen Punkte eines Kaufvertrages (speziell eines Kaufvertrages der vorliegenden Art), nicht nur über Waare und Preis, sondern auch über Erfüllungsort und Erfüllungszeit, speziell die Zahlungsbedingungen, die vom Milch-

---

[1]) Vgl. Revue IX Nr. 34.

[2]) S. Revue IV Nr. 3 und 79.

käufer zu bestellende Sicherheit u. s. w. mündlich verständigt, so liegt ein bindender Vertrag vor. Wenn bei der mündlichen Einigung der Parteien über alle Hauptpunkte „des Nähern“ oder „die (sonstigen) Bedingungen und das Nähere“ der Bestimmung im „Vertrage“ vorbehalten wurde, so können diese Vorbehalte, da die Parteien über alle irgend wesentlichen Punkte sich geeinigt hatten, sich nur auf Nebenpunkte ganz untergeordneter Natur beziehen. Es liegt also nichts anderes vor, als dass die Parteien für ganz unerhebliche Nebenpunkte spätere vertragliche Verständigung vorbehielten. Ein derartiger Vorbehalt hindert aber in der Regel, nach Art. 2 O. R., die Verbindlichkeit des Vertrages nicht.

2. Ein Schadenersatzanspruch wegen Kreditschädigung ist nicht begründet, wenn keine unerlaubte (auch abgesehen von einer besondern vertraglichen Verpflichtung rechtswidrige) Handlung vorliegt, sondern es sich lediglich um Nichterfüllung eines Vertrages handelt. (Entsch. v. 29. Oktober 1892 i. S. Fankhauser c. Gerbehof.)

---

30. *Art. 50, 67 und 68 O. R. Schadenersatzforderung wegen schädlicher Benutzung des Eigentums; inwiefern ist kantonales und eidgenössisches Recht massgebend.*

F. hatte gegen H. und B. gerichtliche Klage dahin erhoben: 1. Die Beklagten sollen verurteilt werden, alle diejenigen Werke und Einrichtungen auf ihrem Eigentum zu beseitigen, durch welche die klägerische Liegenschaft und deren Bewohner durch Rauch, Geräusch und Dünste belästigt oder beschädigt werden. 2. Die Beklagten sollen schuldig erklärt werden, dem Kläger Schadenersatz zu zahlen. Über das auf diese Streitigkeit anzuwendende Recht sprach sich das Bundesgericht folgendermassen aus: Der klägerische Schadenersatzanspruch ist nach eidgenössischem Rechte zu beurteilen. Zwar treffen die von der ersten Instanz angerufenen Art. 67 und 68 O. R. nicht zu, denn der Schaden, dessen Ersatz verlangt wird, ist nicht durch ein Gebäude oder Werk der Beklagten in Folge mangelhafter Unterhaltung oder fehlerhafter Anlage und Herstellung verursacht worden, sondern durch Handlungen der Beklagten, durch die Art und Weise, wie diese ihr Eigentum ausgeübt haben. Dagegen qualifiziert sich der klägerische Schadenersatzanspruch als Ersatzanspruch aus unerlaubter Handlung gemäss Art. 50 und ff. O. R. Derselbe ist nicht etwa auf eine Regel des basellandschaftlichen Nachbarrechts begründet worden, kraft welcher

mit der actio negatoria Schadenersatz (auch für die Vergangenheit, d. h. die Zeit vor der Klageerhebung und dem Urteile), unabhängig von jedem subjektiven Verschulden des Beklagten, bei bloss objektiv widerrechtlichen Eingriffen in das Eigentum, gefordert werden könnte. Eine derartige kantonalrechtliche Norm ist nicht angeführt worden und besteht, wie die Ausführungen des kantonalen Obergerichts zeigen, offenbar nicht. Danach kann denn der klägerische Schadenersatzanspruch nur auf die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts (Art. 50 und ff.) über die Schadenersatzpflicht aus unerlaubter, d. h. widerrechtlicher schuldhafter Handlung begründet werden; es ist also ein Deliktsanspruch eidgenössischen Rechts und das Bundesgericht somit zu seiner Beurteilung kompetent. Dabei ist dasselbe freilich rücksichtlich der Präjudizialfrage, ob und inwieweit die Beklagten objektiv widerrechtlich gehandelt, die Grenzen ihres Eigentumsrechts überschritten und in das Eigentum der Klagpartei eingegriffen haben, an die Entscheidung der kantonalen Gerichte gebunden. Denn diese Frage ist eine solche des kantonalen, nicht des eidgenössischen Rechts. Das kantonale Sachenrecht, nicht das eidgenössische O. R., normiert Inhalt und Schranken des Eigentums an Grund und Boden, bestimmt darüber, inwieweit der Grundeigentümer in der Benutzung seines Eigentums frei oder durch das Recht der Nachbarn beschränkt sei. Nach kantonalem, nicht nach eidgenössischem Rechte also ist zu beurteilen, inwiefern die Immission von Rauch, Staub und drgl. in das Nachbargrundstück zulässig sei, ob und inwieweit dem Nachbar ein Verbietungsrecht gegen Erzeugung übler Gerüche oder übermässigen Lärms zustehe u. s. w. Daran ändert es selbstverständlich nichts, dass das basellandschaftliche Recht keine besondern Bestimmungen hierüber zu enthalten scheint; in Ermanglung solcher sind eben die allgemeinen Grundsätze des kantonalen Sachenrechts massgebend. Allein wenn auch demgemäs für den gedachten Präjudizialpunkt das kantonale Recht massgebend und demnach die Entscheidung des kantonalen Gerichts für das Bundesgericht verbindlich ist, so ist nichtsdestoweniger der eingeklagte Anspruch selbst nach eidgenössischem Rechte zu beurteilen und daher das Bundesgericht kompetent.[1]) Das Bundesgericht hat insbesondere frei zu prüfen, ob ein subjektives Verschulden des Beklagten nachgewiesen und ob der Festsetzung des Masses der Entschädigung ein Rechtsirrtum zu Grunde liege. (Entsch. v. 14. Januar 1893 i. S. Fleck c. Hermann und Bader.)

[1]) Revue VIII Nr. 45.

31. *Art. 50, 52, 53 und 348 O. R. Haftpflicht des Arztes wegen fehlerhafter Behandlung eines Kranken.*[1] *Wegfall des Anspruchs auf Honorar.*

1. Hat der Arzt die ihm kraft des mit dem Kranken abgeschlossenen Dienstvertrages obliegende Pflicht zu sorgfältiger ärztlicher Behandlung nicht erfüllt, so kann er seinerseits nicht Erfüllung des Vertrages, d. h. Bezahlung des Honorars fordern.

2. Der Arzt, welcher durch fahrlässige Behandlung einen Kranken an seinem Leben, seiner Gesundheit oder körperlichen Integrität schädigt, verletzt nicht bloss eine kontraktliche Pflicht, sondern ein allgemeines Gebot der Rechtsordnung, welche Leben und Gesundheit der Bürger gegen schuldhafte, vorsätzliche oder fahrlässige, Schädigungen unbedingt schützt und derartige Schädigungen jedermann, auch dem Arzte, verbietet; er verletzt dabei speziell auch die ärztliche Berufspflicht, welche ihm, abgesehen von einer vertraglichen Vereinbarung, gegenüber Jedermann obliegt, den er behandelt. Es kann ja denn auch gewiss kein Zweifel darüber obwalten, dass der Arzt für den durch begangene Kunstfehler gestifteten Schaden auch dann haftet, wenn er seine Dienste nicht zufolge eines mit dem Kranken abgeschlossenen Vertrages, sondern etwa bei einem Unfalle auf Requisition der Polizeibehörde oder auf Anrufen eines beliebigen Dritten geleistet hat. Demnach ist denn die dem Geschädigten zu gewährende Entschädigung nicht auf den infolge der unrichtigen Behandlung demselben entgangenen Arbeitsverdienst zu beschränken, sondern es ist gemäss Art. 53 Abs. 2 O. R. auch dafür Entschädigung zu gewähren, dass durch die erlittene Verstümmelung sein Fortkommen erschwert worden ist. (Entsch. vom 9. Dezember 1892 i. S. Bühlmann c. Meister.)

---

32. *Art. 55 und 51 Abs. 2 O. R. Wegfall der Entschädigung aus Art. 55 wegen Verschulden des Gekränkten.*

Auf eine Entschädigung wegen ernstlicher Verletzung der persönlichen Verhältnisse ist nach dem Willen des Gesetzes (Art. 51 Abs. 2 O. R.) dann nicht zu erkennen, wenn der Gekränkte die Kränkung wesentlich durch eigene Schuld sich zugezogen hat.[2] (Entsch. v. 26. November 1892 i. S. Hägler c. Wyss und Eigensatz.)

---

[1]) S. Revue X Nr. 98.

[2]) Revue IX Nr. 62.

33. *Art. 128, 827 Ziff. 11, 808, 828 O. R. 1. Ist der Inhalt des Rechtsvorschlags massgebend für die im Wechselprozess zulässigen Einreden? 2. Übernahme eines Handelsgeschäftes mit Aktiven und Passiven; haftet der Übernehmer für die Wechselschulden wechselmässig? 3. Wechselrechtliche Legitimation einer Kollektivgesellschaft nach Tod eines Mitgliedes. 4. Giltigkeit des gegen den Wechselschuldner erhobenen Protestes gegenüber dem Rechtsnachfolger.*

1. Der Wechselschuldner kann im Prozesse alle Einwendungen geltend machen, welche ihm gegen die Forderung zustehen, ohne Rücksicht darauf, ob er sie im Rechtsvorschlag namhaft gemacht hat oder nicht.

2. Ob die Erben eines verstorbenen unbeschränkt haftenden Teilhabers einer Kollektiv-Gesellschaft letztere fortsetzen können, oder ob etwa die Liquidation Platz zu greifen hat, berührt den Wechselschuldner nicht. Übrigens ist klar, dass auch die Erben eines Wechselgläubigers die Wechselforderung geltend machen können; sie treten ja an Stelle ihres Erblassers und machen dessen Wechselrechte geltend. Ein wechselrechtlicher Übertragungsakt ist für diesen, durch das allgemeine Landesrecht geregelten, Rechtsübergang weder nötig noch auch nur denkbar.

3. Auch die weitere Einwendung, die Beklagte hafte der Klägerin nicht wechselmässig, ist unbegründet. Die beklagte Kollektiv-Gesellschaft R. und K. hat das Geschäft der Firma R. und L. in Aktiven und Passiven übernommen und dies durch den Handelsregistereintrag und die Publikation im Handelsamtsblatte zur öffentlichen Kenntnis gebracht. Dadurch ist sie den Gläubigern der Firma R. und L. gegenüber verpflichtet worden; diese können sich für die Geschäftspassiven an den Geschäftsübernehmer halten. Dies ist in Doktrin und Praxis anerkannt (vergl. u. a. Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts I S. 209) und wird denn auch von der Beklagten grundsätzlich nicht bestritten. Letztere meint nur, sie hafte wohl civil-, nicht aber wechselrechtlich. Allein dies kann nicht zugegeben werden. Zwar wird allerdings eine Wechselverpflichtung nur durch Unterschrift auf dem Wechsel begründet. Allein aus einer Wechselunterschrift haftet nicht nur der Unterzeichner persönlich, sondern auch sein Rechtsnachfolger. Dies gilt unbestrittenermassen für den Erben; es muss aber auch für den Geschäftsübernehmer gelten, welcher sich den Geschäftsgläubigern gegenüber gebunden hat. Dieser hat, ähnlich wie der Erbe, einen Vermögenskomplex als Ganzes, in Aktiven und Passiven, übernommen;

das Geschäftsvermögen ist als Einheit durch Universalsuccession auf den Geschäftsübernehmer übergegangen (allerdings ohne dass dadurch der frühere Schuldner befreit worden wäre). Wie der Erbe, so haftet daher auch der Geschäftsübernehmer, welcher sich den Geschäftsgläubigern gegenüber gebunden hat, aus der Wechselunterschrift seines Vorgängers wechselmässig. Hiefür spricht auch das Bedürfnis und die Auffassung des Verkehrs. Soweit ersichtlich, hat denn auch die Rechtsprechung niemals bezweifelt, dass, sofern überhaupt der Geschäftsübernehmer den Geschäftsgläubigern verpflichtet ist, er für die Wechselschulden wechselmässig hafte, diese Schulden als solche, als Wechselschulden, auf ihn übergegangen seien.

4 Ebenso unbegründet ist die Einwendung der Beklagten, der Protest sei ihr gegenüber nicht verbindlich, weil er nicht gegen sie, sondern gegen die Firma R. und L. erhoben worden sei. Der Wechsel war ein domizilierter, mit benanntem Domiziliaten; er war daher im Wechseldomizil gegenüber dem Domiziliaten (L. & Cie) zu protestieren und dies ist geschehen. Übrigens ist sicher, dass der gegen den Wechselunterzeichner formrichtig erhobene Protest auch gegenüber dem Rechtsnachfolger desselben wirksam ist. Der Wechselgläubiger hat alles getan, was ihm zu Wahrung seiner Rechte obliegt, wenn er gegenüber dem ursprünglichen Wechselverpflichteten Protest erhoben hat; eine Verpflichtung, gegen andere Personen (Erben und drgl.) zu protestieren, besteht nicht, s. z. B. Rehbein, Allg. deutsche Wechselordnung, 4. Aufl. S. 126 Nr. 6. (Entsch. v. 14. Januar 1893 i. S. Labhardt & Cie c. Resch & Knopp.)

---

34. *Art. 245 O. R. Mängelrüge beim Platzkauf.*

Handelt es sich um einen Platzkauf über eine individuell bestimmte Waarenmenge, welche nach Besichtigung eines (durch die Lagerhausverwaltung) aus der Waare selbst gezogenen sog. Ausfallsmusters abgeschlossen wurde, und war aus diesem Muster die Beschaffenheit der Waare bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit ersichtlich, so kann gemäss Art. 245 O. R. der Käufer nachträglich eine Reklamation nicht mehr erheben, sofern nicht eine absichtliche Täuschung des Käufers durch den Verkäufer vorliegt. (Entsch. v. 23. Dezember 1892 i. S. Schneider c. Weingart und Kaufmann.)

---

35. *Konsortium zu Ankauf und Begebung von Aktien (Syndikatsvertrag). Rechtsverhältnis zwischen Syndikatsleiter und den Beteiligten; Unterbeteiligung; Rechte und Pflichten der Konsortialen nach Ablauf der Gesellschaftsdauer.*[1])

Von der Kreditbank W. wurde ein „Syndikat zu Ankauf und Verwertung von Aktien der Eidg. Bank" gebildet. Nach dem Syndikatsvertrage besorgte die Kreditbank W. die Leitung. Die Syndikatsbeteiligten verpflichteten sich, auf Verlangen der Kreditbank jederzeit sofort eine Anzahlung von 15% des durchschnittlichen Ankaufspreises ihrer betreffenden Syndikatsstücke zu leisten. An diesem Syndikat beteiligten sich Beklagte bei B. & Cie in Z. als Unterbeteiligte. Gestützt auf obige Verpflichtung verlangte die Kreditbank W. von B. & Cie eine Anzahlung von Fr. 80 per Aktie, welche dieselbe sodann von den Beklagten als Unterbeteiligten zurückbegehrte. Beklagte bestritten diese Forderung, indem sie geltend machten, der Vertrag sei für sie zur Zeit der Einforderung der Fr. 80 abgelaufen gewesen. Nach Ablauf des Vertrages könne aber die in § 5 der Syndikatsbedingungen stipulierte Deckung nicht mehr eingefordert werden, sondern sei nach § 7 der Syndikatsbedingungen auszurechnen. Das Bundesgericht wies die Klage ab. Der Begründung seines Urteils entnehmen wir Folgendes: 1. Zwischen den Konsortialen und der Syndikatsleiterin besteht ein Gesellschaftsverhältnis, eine einfache Gesellschaft. Die Syndikatsleiterin war geschäftsführendes Mitglied der Gesellschaft; sie hat zwar, da sie selbst keine Stücke gezeichnet zu haben scheint, kein Kapital eingelegt, wohl aber hatte sie Arbeit beizutragen und überdem für den Gesellschaftszweck ihren Kredit einzusetzen, wogegen sie dann ein Entgelt für ihre Bemühungen empfangen und am Gewinne (nicht aber am Verlust) der Gesellschaft in gewissem Masse partizipieren sollte. Mitglied der Gesellschaft (des Syndikats) blieb auch nach Abschluss des Unterbeteiligungsvertrages stets die klägerische Firma. Die Beklagte ist durch den Unterbeteiligungsvertrag in kein direktes Rechtsverhältnis zu der Syndikatsleiterin und den Konsortialen getreten; vielmehr ist durch den Unterbeteiligungsvertrag ein Rechtsverhältnis nur zwischen den vertragschliessenden Parteien, dem Hauptbeteiligten (der klägerischen Firma) und dem Unterbeteiligten (der Beklagten) begründet worden. Rechte und Pflichten aus dem Syndikats-

---

[1]) Vgl. Ring, Kommentar z. Reichsgesetz betr. Kommanditgesellschaften auf Aktien u. s. w. 2. Aufl. S. 178 f.

vertrage waren der Gesellschaft gegenüber vom Hauptbeteiligten auszuüben und zu erfüllen; dagegen war der Hauptbeteiligte dem Unterbeteiligten gegenüber berechtigt, die aus dem Syndikatsvertrage sich ergebenden Lasten auf letztern abzuwälzen, und hinwiederum der Unterbeteiligte befugt, zu verlangen, dass der Hauptbeteiligte seine Rechte gegenüber der Gesellschaft wahre und ihm die Vorteile aus dem Syndikatsgeschäfte zuwende. Für den Unterbeteiligten sind dabei selbstverständlich die Syndikatsbestimmungen, wie sie für das Verhältnis des Hauptbeteiligten zur Gesellschaft vereinbart waren, ebenfalls massgebend, denn der Hauptbeteiligte hat ihm seinen Anteil an der Gesellschaft, sowie diese durch die Syndikatsbestimmungen gestattet war, abgetreten.

2. Wenn nun zur Zeit, wo die Syndikatsleiterin die Einzahlung von Fr. 80 für jede Aktie von den Konsortialen, speziell von der Klägerin einforderte, das Syndikat bereits durch Ablauf der Zeit, für welche die Gesellschaft eingegangen war, sein Ende erreicht hatte, so war die erhobene Forderung eine unberechtigte. § 5 des Syndikatsvertrages, auf welchen die Forderung sich stützte, gilt nur für die Zeit des Bestehens der Gesellschaft; er verpflichtet die Konsortialen, der Syndikatsleiterin während der Dauer der Syndikatsoperationen Deckung für die von ihr gemachten Vorschüsse zu geben. Ist nun aber das Syndikat bereits aufgelöst, so kann von einer solchen vorläufigen Deckung nicht mehr die Rede sein, sondern muss eben nach Massgabe des § 7 der Syndikatsbestimmungen definitiv abgerechnet werden. Die Konsortialen sind alsdann berechtigt wie verpflichtet, Aushändigung der nicht verkauften Aktien gegen Bezahlung der entsprechenden Beträge zu verlangen. (Entsch. v. 27. Januar 1893 i. S. Burkhardt & Cie c. Hotz & Cie.)

---

36. *Art. 512 O. R. Differenzgeschäft. Vorschuss des Kommissionärs für ein solches Geschäft, Klaglosigkeit. Stillschweigender Abschluss eines Differenzgeschäftes, konkludente Thatsachen.*

Wenn der Kommissionär bei Besorgung von Börsenaufträgen, welche erkenntlich auf reine Differenzgeschäfte mit Spiel- oder Wettecharakter gerichtet sind, für den Auftraggeber in Vorschuss geht, so gewährt er ihm wissentlich einen Vorschuss zum Behufe des Spiels oder der Wette und es entbehrt daher seine Forderung gemäs Art. 512 Abs. 2 O. R. überhaupt der Klagbarkeit. Dafür, Vorschüsse zu Spiel- oder Wettgeschäften verschieden zu behandeln, je nachdem es sich

um ein reines, unverschleiertes, oder aber um ein in Form eines Lieferungsgeschäftes eingekleidetes Spiel handelt, liegt ein rechtlicher Grund nicht vor. Das Gesetz stellt Geschäfte letzterer Art dem reinen Spiel oder der reinen Wette gleich; es will sie in allen Beziehungen, also auch rücksichtlich der Klagbarkeit der dafür gewährten Vorschüsse, als Spiel oder Wetten behandelt wissen.

Zum Thatbestande des klaglosen reinen Differenzgeschäftes ist nun gemäs konstanter Praxis des Bundesgerichtes erforderlich, dass vertraglich nach übereinstimmender, ausdrücklich oder stillschweigend erklärter Willenseinigung der Parteien Recht und Pflicht wirklicher Lieferung und Abnahme der gekauften oder verkauften Waaren oder Börsenpapiere ausgeschlossen sei, so dass blos die Kursdifferenz den Gegenstand des Vertrages bildet. Dieser Wille braucht nicht ausdrücklich ausgesprochen zu sein; er kann auch aus den den Geschäftsabschluss begleitenden Umständen erschlossen werden, sofern daraus sich eben deutlich ergiebt, dass die Parteien übereinstimmend Recht und Pflicht reeller Lieferung und Abnahme nicht haben begründen wollen. Ein Schluss hierauf erscheint insbesondere dann als zulässig, wenn es sich um Spekulationen handelt, deren Umfang zu den Vermögens- und Erwerbsverhältnissen des Spekulanten in einem derartigen Missverhältnisse steht, dass dieser an Eingehung einer Pflicht zu realer Abnahme oder Lieferung vernünftigerweise überhaupt gar nicht denken kann und dies dem Gegenkontrahenten bekannt ist.[1]) (Entsch. v. 9. Dezember 1892 i. S. Bodenkreditanstalt c. Kernen.)

---

37. *Art. 896 O. R. Versicherungsrecht. Erfordernisse des giltigen Abschlusses eines Versicherungsvertrages, speziell bei Versicherung des Arbeitgebers bezüglich seiner Haftung aus dem Fabrikhaftpflichtgesetz.*

Zum giltigen Abschluss eines Versicherungsvertrages ist erforderlich, dass die Parteien über alle wesentlichen Punkte der Versicherung, nämlich in Betreff des Gegenstandes, der Gefahr, der Versicherungssumme und der Prämie einig gehen. Dies ist nicht der Fall, wenn der Versicherungsnehmer sein ganzes Arbeitspersonal versichern will und den Versicherer in den Glauben versetzt, dasselbe bestehe bloss aus 5 Personen, während es in Wirklichkeit aus 7 Personen besteht, indem

---

[1]) Revue IX Nr. 66; XI Nr. 7 und 8.

in den beiden Fällen der Wert des versicherten Interesses, die Versicherungssumme und demnach auch die Prämien wesentlich verschieden sind. (Entsch. v. 16. Dezember 1892 i. S. Hufschmid c. Providence.)

---

38. *Art. 2 und 11 B.-Ges. betr. die Eisenbahnhaftpflicht. 1. Begriff des Betriebes einer Eisenbahn im Sinne dieses Gesetzes. 2. Bedeutung des Art. 11.*

1. Zum Betriebe einer Eisenbahn im Sinne des Art. 2 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes gehört jede Beförderung von Personen oder Sachen auf den Schienengeleisen, ohne Rücksicht auf den Zweck oder das Mittel der Beförderung.[1]) Danach ist es denn gleichgiltig, dass die Beförderung auf den Schienengeleisen, bei welcher sich der Unfall ereignet, nicht im ordentlichen Transportdienste der Bahnunternehmung, sondern zum Zwecke des Bahnbaues geschah, und dass dabei als bewegende Kraft nicht die Dampfkraft, sondern lediglich die eigene Schwere der Fahrzeuge und Transportgegenstände benutzt wurde.

2. Art. 11 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes statuiert für Eisenbahnhaftpflichtsachen das Prinzip der freien Beweiswürdigung und es kommen daher in solchen Sachen die Beweisgrundsätze der kantonalen Gesetzgebung nicht zur Anwendung. (Entsch. v. 3. Dezbr. 1892 i. S. Aliverti c. Gotthardbahn.)

---

39. *Fabrikhaftpflicht. Mitverschulden von Arbeiter und Fabrikherr, Wirkung auf den Entschädigungsanspruch des verletzten Arbeiters. Momentane Zerstreutheit eines halbwüchsigen Arbeiters.*[2])

Allerdings ist der Verletzte bei Vornahme seiner dienstlichen Verrichtung unvorsichtig verfahren, indem er seine Aufmerksamkeit einer Katze zuwendete, und daher statt auf seine Hand zu sehen, sich von der Maschine abkehrte. Allein diese augenblickliche Zerstreutheit und Unaufmerksamkeit kann doch bei einem halbwüchsigen Knaben, dem naturgemäss nicht die Besonnenheit eines erwachsenen Arbeiters zuzutrauen ist, nicht als grobes Verschulden betrachtet werden, welches die Haftpflicht des Fabrikherrn völlig aufhöbe, zumal ihm ein Mitverschulden des Beklagten gegenübersteht.

---

[1]) Revue II Nr. 12; IX Nr. 37; X Nr. 34.

[2]) Vgl. Revue X Nr. 72 und 73.

Als solches muss es nämlich gewiss betrachtet werden, dass der Beklagte halbwüchsige Knaben an der mit keinerlei Sicherheitsvorrichtungen versehenen Malzschrotmaschine arbeiten liess, ohne sie wenigstens bestimmt anzuweisen, nach dem, in steter Erschütterung befindlichen, Siebe nicht mit der Hand zu langen,[1]) sondern ein etwa nötiges Abstreichen des Malzes anderweitig, unter Zuhilfenahme eines Stabes, zu vollziehen. (Entsch. v. 23. Dezbr. 1892 i. S. Locher c. Ganter.)

---

40. *Fabrikhaftpflicht. Art. 2 Abs. 1 des Ausdehnungsgesetzes vom 26. April 1887. Bezieht sich diese Bestimmung auf alle nach Art. 11 haftpflichtigen Betriebe?*

Aus der Entstehungsgeschichte des Art. 2 al. 1 ergiebt sich klar, dass der Grundsatz, es hafte der Betriebsunternehmer auch dann, wenn er die Arbeiten einem Dritten zur Ausführung übertragen habe, für alle nach Art. 1 haftpflichtigen Betriebe aufgestellt werden sollte. Er bestimmt nicht einerseits, in seinem ersten Teile, dass haftpflichtiges Subjekt grundsätzlich der Betriebsunternehmer sei, andrerseits in den Schlussworten („auch dann, wenn er die Arbeiten einem Dritten zur Ausführung übertragen hat"), dass speziell in dem Falle des Art. 1 Ziff. 2 litt. c und d der Unternehmer auch für die Unterakkordanten hafte. Vielmehr enthält Art. 2 al. 1 nur die einzige Vorschrift, dass in allen Fällen des Art. 1 die Haftpflicht den Unternehmer eines haftpflichtigen Betriebes auch dann treffe, wenn er die Arbeiten einem Dritten zur Ausführung übertragen habe. Nur die Haftpflicht des Betriebsunternehmers für die Unterakkordanten sollte durch Art. 2 al. 1 normiert werden; dies allein war von Anfang an Gegenstand und Zweck dieser Vorschrift. Die Schlussworte „auch dann u. s. w." enthalten demnach keinen Nachsatz zu einem vorhergehenden abgeschlossenen Hauptsatze, sondern sie gehören zu dem Prädikate des Hauptsatzes; das Gesetz ist so auszulegen, wie wenn sie sich un-

---

[1]) Der 14 Jahre alte Kläger, der mit einem 16 Jahre alten Knaben am gleichen Hebel die Malzschrotmaschine trieb, liess den Schwierbel los, als eine Katze in das Lokal kam, und griff mit der rechten Hand in das Sieb nach dem dort befindlichen Malz, wobei er mit der Hand zwischen die Walzen geriet. Kläger behauptet, und das Gegenteil war nicht bewiesen, dass er das Malz habe verstreichen wollen, damit es nicht nebenausfalle.

mittelbar an die Eingangsworte „haftbar ist“ anschlössen oder diesen vorangestellt wären. Dies ergiebt sich klar auch daraus, dass bei anderer Auslegung die Anführung der „Inhaber des betreffenden Gewerbes“ sich nicht erklären liesse, da alsdann das Gesetz rücksichtlich dieser nur die völlig leere und selbstverständliche Bestimmung enthielte, die Haftpflicht bei Unfällen im Betriebe eines haftpflichtigen Gewerbes treffe den Inhaber des betreffenden Gewerbes. (Entsch. v. 12. Novbr. 1892 i. S. Egger c. Scholter.)

---

41. *Fabrikhaftpflicht. Art. 9 Abs. 2 des Ausdehnungsgesetzes vom 26. April 1887. Voraussetzungen der Anfechtbarkeit einer vertraglichen Feststellung der Haftpflichtentschädigung.*

Insoweit die den Hinterlassenen eines Getöteten durch eine Übereinkunft gewährte Entschädigung eine offenbar unzulängliche und daher der Vertrag gemäss Art. 9 Abs. 2 des erweiterten Haftpflichtgesetzes ein anfechtbarer ist, ist der Haftpflichtanspruch der Hinterlassenen gegenüber dem Unternehmer nicht aufgehoben worden und kann gegen letztern gerichtlich geltend gemacht werden. Eine besondere Anfechtungsklage gegenüber dem Vertrage braucht nicht erhoben zu werden, vielmehr kann die auf den Vertrag gestützte Einrede replicando durch den Nachweis beseitigt werden, dass die gewährte Entschädigung eine offenbar unzulängliche sei und daher gemäss Art. 9 Abs. 2 des erweiterten Haftpflichtgesetzes der Vertrag als ein anfechtbarer den Haftpflichtanspruch nicht aufgehoben habe.[1]) Ist die durch Vertrag gewährte Entschädigung eine „offenbar unzulängliche“, so ist der Vertrag anfechtbar, ohne dass es des Nachweises eines wesentlichen Irrtums, des Betruges oder auch nur einer ungehörigen Beeinflussung des Geschädigten oder seines Vertreters beim Vertragschlusse bedürfte. Das Gesetz stellt in Abweichung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen einzig und allein auf die äussere Thatsache der offenbaren Unzulänglichkeit der vereinbarten Entschädigung ab.[2]) Diess kann nun nicht schon dann angenommen werden, wenn das Gericht zu einer etwas andern höhern Entschädigung gelangen würde, als wie sie im Vertrage festgesetzt worden ist, sondern es ist erforderlich, dass die vertraglich gewährte Entschädigung eine offenbar unbillige sei, den nach dem Gesetze erstattungsfähigen Schaden augenscheinlich bei weitem

---

[1]) S. Revue X Nr. 37. [2]) S. Revue IX Nr. 11.

nicht decke, sondern zu demselben in einem Missverhältnis stehe. (Entsch. v. 29. Dezbr. 1892 i. S. Legena c. Giudici.)

---

42. *Art. 27 Abs. 2 und Art. 30 B.-Ges. betr. Civilstand und Ehe. Genügt die Zustimmung des Vormunds oder der Vormundschaftsbehörde zur Vornahme der Trauung? Aufhebung dieser Zustimmung durch die Obervormundschaftsbehörde, Pflicht des Civilstandsbeamten zur Unterlassung der Trauung.*

1. Hat die Obervormundschaftsbehörde die vom Vormund oder von der Vormundschaftsbehörde einer minderjährigen Braut erteilte Ehebewilligung aufgehoben, so ist das Ehehindernis der mangelnden vormundschaftlichen Zustimmung gegeben und darf der Civilstandsbeamte die Trauung keinesfalls vornehmen, denn der Civilstandsbeamte hat gemäss Art. 30 Civilst. G. für die Verehelichung Minderjähriger sich die vormundschaftliche Zustimmung nachweisen zu lassen und hat ihm bekannte Ehehindernisse von Amteswegen zu berücksichtigen; er muss also von Amteswegen darauf Rücksicht nehmen, dass durch die Obervormundschaftsbehörde der minderjährigen Braut die Ehebewilligung nachträglich ist verweigert worden. Die Zustimmung des Vormunds oder der Vormundschaftsbehörde der minderjährigen Braut ist genügend, da nach Art. 27 Abs. 2 Civilst. G. die Vormundschaftsbehörde den Ehekonsens sogar entgegen einer ausdrücklichen Weigerung des Vormundes erteilen kann. 2. Der Umstand, dass der Gemeinderat des Bräutigams sich bestrebt, die obervormundschaftliche Aufhebung des der Braut erteilten Ehekonsenses zu erwirken, ändert nichts daran, dass letzterer, so lange ihn die Obervormundschaftsbehörde nicht wirklich aufgehoben hat, giltig ist, und berechtigt den Gemeinderat des Bräutigams nicht zur gerichtlichen Einsprache gegen die Ehe wegen mangelnden vormundschaftlichen Ehekonsenses für die Braut. (Entsch. v. 2. Dezbr. 1892 i. S. Gemeinderat Gränichen c. Lüscher & Widmer.)

---

43. *Art. 48 B.-Ges. betr. Civilstand und Ehe. Voraussetzung der Zulässigkeit des zeitweiligen Eheverbotes.*

Nach dem klaren Wortlaute des Gesetzes besteht die Wartefrist des Art. 48 cit. nur dann und darf folgeweise nur dann durch das richterliche Urteil ausgesprochen werden, wenn die Scheidung wegen eines bestimmten Grundes erfolgt ist, d. h. wenn das gerichtliche Urteil zu Lasten des betreffenden

Ehegatten einen der in Art. 46 des Civilstands- und Ehegesetzes aufgezählten bestimmten Scheidungsgründe feststellt und daraufhin die Scheidung ausspricht. (Entsch. v. 13. Januar 1893 i. S. Eheleute Böhi.)

---

44. *Art. 1 des schweiz.-französ. Gerichtsstandsvertrages v. 15. Juni 1869. Kann sich eine in Frankreich domizilierte aus Schweizern gebildete Kollektivgesellschaft gegenüber Schweizern auf diese Vertragsbestimmung berufen?*

Nach wiederholten Entscheidungen des Bundesgerichtes ist im Anwendungsgebiete des Art. 1 des schweizerisch-französischen Gerichtsstandsvertrages der Ausländerarrest unzulässig. Allein die in Algier wohnenden Rekurrenten sind nun festgestelltermassen nicht Franzosen, sondern Schweizerbürger und können sich daher auf Art. 1 des Staatsvertrages nicht berufen. Die Behauptung, dass die von den Rekurrenten gebildete Kollektivgesellschaft als solche, als selbständiges Rechtssubjekt, eine französische sei, ist nicht begründet. Zwar ist anzuerkennen, dass Kollektivgesellschaften (wie ja auch Aktiengesellschaften)[1] auf den Schutz des Staatsvertrages Anspruch haben. Allein die Kollektivgesellschaft ist nun, mag man im übrigen ihre rechtliche Natur wie immer bestimmen, jedenfalls kein von der Person der einzelnen, wechselnden Teilnehmer unabhängiger, korporativ organisierter Verein, sondern eine gesellschaftliche Vereinigung bestimmter Personen, welche gemeinsam, unter gemeinsamem Namen (der Gesellschaftsfirma) ein Gewerbe betreiben. Sie hat daher nicht eine von der Nationalität der einzelnen Teilhaber unabhängige, nach dem Gesellschaftssitze resp. der Hauptniederlassung der Gesellschaft sich bestimmende Nationalität, sondern ihre Nationalität wird bestimmt durch die Nationalität der einzelnen Gesellschafter. Diess ist denn auch wohl die in der französischen Praxis vorherrschende Ansicht (s. Vincent-Pénaud Dictionnaire de droit international privé s. v. Société Nr. 117 u. ff.). In der That dürfte klar sein, dass ausländische Handel- oder Gewerbetreibende dadurch, dass sie sich zum Handels- oder Gewerbebetriebe im Inlande unter einer gemeinsamen Firma, als Kollektivgesellschafter, vereinigen, unmöglich für den Betrieb ihres Geschäftes Rechte erlangen können, welche das Gesetz den Inländern vorbehält, dem ausländischen, im Inlande niedergelassenen

---

[1]) S. Revue VIII Nr. 30.

Einzelgewerbetreibenden dagegen verweigert. Daraus folgt aber, dass die Nationalität der Kollektivgesellschaft überhaupt nach der Nationalität ihrer Mitglieder bestimmt werden muss.[1]) (Entsch. v. 13. Novbr. 1892 i. S. Benoit u. Levy.)

---

45. *Art. 3 des schweiz.-französ. Gerichtsstandsvertrags vom 15. Juni 1869 und Art. 3 des schweiz.-französ. Niederlassungsvertrages von 1882. 1) Gilt Art. 3 des ersten Vertrags nur für Streitigkeiten zwischen Franzosen einerseits und Schweizern andrerseits? 2) Ist der erstere Vertrag durch den letzteren modifiziert worden?*

1. Art. 1 des Gerichtsstandsvertrages bezieht sich, wie sich aus seinem Wortlaut klar ergiebt und als allgemein anerkannt gelten darf, nur auf Rechtsstreitigkeiten zwischen Schweizern einerseits und Franzosen andrerseits, nicht aber auf Prozesse, in welchen beide Parteien Schweizer oder Franzosen sind. Das gleiche muss aber auch für die Bestimmung des Art. 3 gelten, welche eine Ausnahme von der in Art. 1 statuierten Zuständigkeit des natürlichen (Wohnsitz-) Richters statuiert und daher nur auf die an sich unter Art. 1 fallenden Streitigkeiten kann bezogen werden. 2. Art. 1 und 3 des schweizerisch-französischen Niederlassungsvertrages hat an dem Gerichtsstandsvertrage nichts geändert und regelt übrigens nur die Stellung der Franzosen in der Schweiz und der Schweizer in Frankreich, nicht aber die Stellung der Franzosen oder Schweizer in ihrem eigenen Heimatlande. Das allgemeine Raisonnement, der Rekurrent als in Frankreich wohnender Schweizer dürfe nicht schlimmer gestellt sein, als ein in Frankreich wohnender Franzose, ist ohne Bedeutung; es kann dies nicht dazu führen, staatsvertragliche Vereinbarungen, welche ausdrücklich nur für Franzosen getroffen wurden, auch auf Schweizerbürger anzuwenden. Übrigens ist der Rekurrent ganz gleich wie ein in der Schweiz wohnender Schweizerbürger behandelt worden und kann sich also über ungleiche Behandlung jedenfalls nicht mit Grund beklagen. (Entsch. v. 10. Dez. 1892 i. S. Hess c. Kummer.)

---

46. *Art. 271 ff. B.-Ges. betr. Schuldbetreibung u. Konkurs. Art. 59 des B.-Ges. betr. Organisation der Bundesrechtspflege u. Art. 15 ff. des schweiz.-französ. Gerichtsstandsvertrages vom*

---

[1]) Vgl. Revue IV Nr. 65.

*15. Juni 1869. 1) Inwiefern ist der staatsrechtliche Rekurs gegen Arrestbewilligungen zulässig? 2) Vollziehung französischer, zwischen Franzosen erlassener Civil-Urteile in der Schweiz.*

1. Über die gesetzliche Zulässigkeit eines Arrestes ist im Arrestprozesse zu entscheiden (Art. 279 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes) und es ist wegen Mangels eines gesetzlichen Arrestgrundes weder Berufung noch die staatsrechtliche Beschwerde gegen den Arrestbefehl statthaft. Dagegen schliesst letzterer Grundsatz den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht wegen Verletzung staatsvertraglicher oder bundesverfassungsmässiger Normen durch einen Arrestbefehl nicht aus. Art. 279 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes hat dem Art. 113 Ziffer 3 der B.-V. weder derogieren wollen noch können. Recht und Pflicht des Bundesgerichts, als Staatsgerichtshof über Beschwerden wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte sowie wegen Verletzung von Staatsverträgen zu entscheiden, sind durch die Bundesverfassung bestimmt und haben durch das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs eine Änderung nicht erlitten.

2. Handelt es sich nicht um eine Arrestlegung, welche der Rechtsverfolgung im ordentlichen Prozesse oder ordentlichen Schuldbetreibungsverfahren gleichgestellt werden könnte, sondern um einen Arrestschlag zum Zwecke der Vollstreckung rechtskräftiger Urteile, so steht Art. 1 des cit. Staatsvertrages derselben nicht entgegen.[1]) Ein Begehren um Vollstreckung eines Urteils aber enthält zweifellos keine Klage im Sinne des Art. 1 des Staatsvertrages; für Vollstreckungsbegehren gelten nicht die Bestimmungen der Art. 1 u. ff., sondern der Art. 15 u. ff. des Staatsvertrages, welche die Verpflichtung zu gegenseitiger Urteilsvollstreckung normieren. Speziell die Zuständigkeit zu Beurteilung von Vollstreckungsbegehren beurteilt sich nicht nach Art. 1 u. ff., sondern nach Art. 16 des Staatsvertrages, d. h. es gilt einfach die Regel, dass das Vollstreckungsbegehren bei der zuständigen Behörde des Orts zu stellen ist, wo die Vollstreckung stattfinden soll. Dass die Vollstreckung nur gegen Einwohner des ersuchten Staates statthaft sei, schreibt weder der Staatsvertrag ausdrücklich vor, noch entspricht dies allgemeinen Grundsätzen; vielmehr ist klar, dass nach allgemeinen Grundsätzen die Vollstreckung in Vermögen eines Schuldners da gesucht werden kann, wo

---

[1]) Vgl. Revue VIII Nr. 29 und oben Nr. 44.

dieses Vermögen sich befindet. Wenn der Rekurrent grundsätzlich davon auszugehen scheint, die Pflicht zur Vollstreckung von Urteilen beschränke sich nach dem Staatsvertrage auf diejenigen Fälle, rücksichtlich welcher die gerichtliche Kompetenz im ersten Abschnitte des Vertrages geregelt ist, so erscheint dies als unrichtig. Die wechselseitige Pflicht zur Urteilsvollstreckung ist nicht durch den ersten Abschnitt, sondern durch den zweiten Abschnitt des Staatsvertrages (Art. 15 u. ff.) geregelt; sie ist eine allgemeine, auf alle rechtskräftigen Civilurteile, rücksichtlich welcher nicht eines der Vollstreckungshindernisse des Art. 17 des Staatsvertrages vorliegt, sich erstreckende. Dies folgt aus dem ganz allgemeinen Wortlaute des Art. 15 des Staatsvertrages und entspricht auch durchaus der Natur der Sache. Es ist speziell gewiss unzweifelhaft, dass ein in Forderungssachen zwischen französischen Bürgern und Einwohnern ergangenes Urteil eines französischen Gerichts in der Schweiz vollstreckbar ist und umgekehrt.

3. Der Staatsvertrag verbietet nicht, dass vor der Entscheidung über die Vollstreckungsbewilligung Arrest zum Zwecke vorläufiger Sicherung der Vollstreckung gelegt werden dürfe. Die Zulässigkeit einer derartigen vorläufigen Sicherungsmassregel beurteilt sich vielmehr lediglich nach den allgemeinen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Zulässigkeit des Arrestes, welche auch dafür massgebend sein werden, in welcher Frist dem Arreste die rechtliche Geltendmachung des Judikatsanspruchs, für welchen er bewilligt wurde, nachfolgen muss. (Entsch. v. 4. Novbr. 1891 i. S. de Villermont.)

---

47. *Art. 207, 250, 265 des B.-Ges. betr. Schuldbetreibung und Konkurs. Nichtfortsetzung eines anhängigen Civilprozesses durch die Konkursgläubiger, Wirkung.*

Wenn die Gläubigerversammlung eines in Konkurs geratenen Beklagten den Prozess nicht fortzusetzen erklärt, so erscheint die Sache als durch Anerkennung der Klage erledigt. Denn das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs anerkennt kein Recht des Gemeinschuldners, Prozesse, deren Fortsetzung die Gläubigerschaft ablehnt, auf eigene Kosten durchzuführen. Es ist vielmehr die Anerkennung von Forderungen durch die Gläubigerschaft auch dann massgebend, wenn der Gemeinschuldner diese Forderungen bestreitet, wobei nur dem den Gläubigern solcher Forderungen ausgestellten Verlustschein gemäs Art. 265 des Schuldbe-

treibungs- und Konkursgesetzes die Bedeutung einer Schuldanerkennung des Gemeinschuldners nicht zukommt. (Entsch. v. 3. Dezember 1892 i. S. Rutishauser c. Ludwig.)

48. *Art. 59 B.-Verf. Erfordernisse des Wohnsitzwechsels.* Zur Veränderung des Domizils ist, wie das Bundesgericht stets festgehalten hat, lediglich die thatsächliche Übersiedelung, verbunden mit dem Willen, statt des bisherigen Wohnorts den neuen zum bleibenden Aufenthalte zu wählen, erforderlich. Der Umstand, dass der Betreffende nach seiner Abreise von seinem frühern Aufenthaltsorte seine Ausweisschriften noch einige Zeit dort beliess, genügt für sich allein nicht, um das bisherige Domizil als fortdauernd erscheinen zu lassen. Wenn der angefochtene Entscheid davon ausgeht, zu Änderung des Wohnorts sei eine Erklärung bei der Gemeindebehörde, verbunden mit der Erhebung der Schriften, Benachrichtigung des Sektionschefs oder gar Bezahlung der Gemeindesteuern unumgängliches Erfordernis, so ist dies durchaus unrichtig. Die Erklärung bei der Gemeindebehörde des Wohnortes, die Erhebung der Schriften u. s. w. sind allerdings Beweismittel für den Willen der Domizilsveränderung, aber, wie die bundesrechtliche Praxis stets festgehalten hat, keineswegs die ausschliesslichen. (Entsch. v. 25. November 1892 i. S. Holliger.)

49. *B.-Ges. betr. die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter. Regelt dasselbe nur die interkantonalen Vormundschaftsverhältnisse? Verfügung über die religiöse Erziehung im Heimatkanton wohnender Kinder.*

Das Bundesgesetz vom 25. Juni 1891 normiert lediglich die interkantonalen Vormundschaftsverhältnisse, nicht das innerkantonale Vormundschaftsrecht. Handelt es sich nicht um eine interkantonale Vormundschaftssache, sondern wohnen die bevormundeten Kinder im Heimatkanton, so kommen die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1891, welche bloss die vormundschaftlichen Verhältnisse ausserkantonaler schweizerischer Aufenthalter und Niedergelassener normieren, nicht zur Anwendung. Die Frage, ob die Verfügung über die religiöse Erziehung von Kindern dem Vormunde allein oder der Vormundschaftsbehörde zustehe, ist jedenfalls in dem Falle, wo die Kinder in ihrem Heimatkanton wohnen, ausschliesslich nach der Gesetzgebung dieses Kantons und nicht nach dem Bundesgesetze zu beurteilen. (Entsch. v. 9. Dezember 1892 i. S. Schönenbuch.)

## B. Entscheide kantonaler Gerichte.

50. *Dommages-intérêts. Responsabilité du propriétaire d'un cheval. Art. 50, 65 C. O.*

**Neuchâtel.** Jugement du Tribunal cantonal du 3 mai 1892 d. l. c. Hofer c. Thiébaud.

Le 19 septembre 1891, T. Thiébaud revenant de la Chaux-de-Fonds aux Cœudres avec son cheval traînant une bauche à tourbe vide, s'arrêta à Malakoff avec E. Vuille. Celui-ci lui offrit un rafraîchissement dans la salle d'auberge et lui proposa aussi de donner de l'avoine à son cheval, ce que Th. refusa en lui disant: „On ne veut pas débrider." Après quelques moments, Vuille sortit de la salle pour donner l'avoine à ses chevaux et il en donna aussi au cheval de Th. qu'il conduisit pour cela à la mangeoire où étaient ses chevaux et qu'il débrida, bien que Th. eût, avant d'entrer au café, serré fortement la fausse rêne de son cheval qui, par ce moyen, était dans l'impossibilité de mordre. En rentrant dans la salle, V. ne dit pas à Th. ce qu'il venait de faire. Quelques moments après, le jeune fils de dame Hofer, âgé de sept ans, passa auprès de ce cheval, et sans qu'il l'eût provoqué en aucune manière, il en reçut un coup de dent qui lui emporta l'oreille droite. Quant à cette mutilation, les médecins ont constaté que le tympan et l'ouïe étaient demeurés intacts et que la pose d'une oreille artificielle pourra rendre imperceptibles les effets de l'accident. Le coût d'une oreille artificielle est de fr. 280. Dame H. réclame de Thiébaud la somme de fr. 386.20 pour frais de voyages, d'hôpital et pension et coût d'une oreille artificielle, et une indemnité de mille francs destinée au jeune garçon. Le Tribunal cantonal a alloué à dame H. fr. 106.20 pour frais d'hôpital etc. et au fils une somme de fr. 800.

Motifs: Considérant que Th. savait que son cheval avait le défaut de mordre, et qu'il avait donc le devoir de le surveiller avec soin;

Qu'il n'a pas accompli cette obligation à mesure qu'il est entré dans l'auberge, laissant son cheval au dehors sans surveillance et se bornant à lui serrer la fausse rêne;

Que le fait que V., qui ignorait ce défaut du cheval, l'a débridé pour lui donner de l'avoine en même temps qu'il en donnait à ses chevaux, n'est pas de nature à dégager Th. de la responsabilité qu'il a encourue par son défaut de surveillance;

Qu'aucun reproche d'imprudence ne peut être adressé au jeune H.;

Que s'agissant de déterminer la valeur de l'indemnité qui est due par Th., il y a lieu de prononcer que la somme de fr. 106.20, montant des dépenses faites par dame H., doit lui être remboursée;

Qu'en outre, et en raison de la mutilation subie par l'enfant et qui peut avoir pour son avenir des conséquences fâcheuses, une somme de fr. 800 devra lui être payée par le défendeur à titre d'indemnité.

(Jugements du Tribunal cantonal, II p. 546 ss.)

---

51. *Dommages-intérêts. Troubles apportés à la jouissance d'une maison par la construction d'un immeuble voisin. Inapplicabilité des art. 67 et 68 C. O.*

**Genève.** Jugement du Tribunal de 1re instance du 21 décembre 1892 d. l. c. Allemann c. Société anonyme de la salle de la rue du Port n° 9.

Allemann exploite un commerce de laiterie, au rez-de-chaussée de la maison n° 7 rue du Port. La société anonyme, propriétaire de l'immeuble voisin n° 9, a commencé à construire un bâtiment. Allemann a demandé à l'architecte de cette maison de prendre les précautions nécessaires pour empêcher la chute des débris, plâtras, cailloux etc. au dessus de son magasin de laiterie. Après, il a assigné la société en paiement de fr. 500 à titre de réparation du préjudice qu'elle lui aurait causé en ne prenant pas, dans la construction, les précautions nécessaires pour empêcher les pierres et le mortier de tomber jusque dans l'intérieur de son magasin; il base sa demande sur les art. 50, 67 et 68 C. O. La défenderesse conclut au déboutement du demandeur; d'après elle, il ne peut se fonder sur les art. 67 et 68; il ne pourrait invoquer que l'art. 50, à supposer établis les faits dont il se plaint, et, comme il s'agit d'une action personnelle, elle ne pouvait être dirigée que contre l'auteur des faits incriminés. Le Tribunal a déclaré la demande non recevable.

**Motifs:** Attendu que l'art 67 serait applicable s'il était articulé que, par suite du défaut d'entretien, ou d'une construction vicieuse de la maison n° 9, des matériaux ou débris quelconques s'en seraient détachés pour tomber dans les locaux occupés par le demandeur ou devant ces locaux, de manière à en éloigner la clientèle; que cet article suppose une détérioration ou une dégradation ayant pour cause,

non pas l'intervention directe et actuelle de l'homme, mais un état de vétusté ou construction vicieuse;

Que tel n'est pas le cas, dans l'espèce, puisque la chute des débris de mortier ou autre substance est attribuée directement au travail de démolition ou de reconstruction de l'immeuble n° 9;

Attendu que l'art. 68 n'est pas davantage applicable, car il vise un danger résultant de la construction vicieuse d'un bâtiment ou d'un ouvrage, et non le danger pouvant résulter du travail lui-même de construction et que, dans l'espèce, c'est le manque de précautions prises dans leur travail, par les ouvriers employés à la construction, qui est incriminé;

Attendu, dès lors, que, si pendant les travaux de construction de l'immeuble n° 9, des débris sont tombés dans les locaux ou devant les locaux occupés par le demandeur, et lui ont causé un dommage, c'est aux auteurs de ce dommage que l'action devait être ouverte conformément à l'art. 50, et non au propriétaire de l'immeuble en construction.

(La Semaine judiciaire 1893 Nr. 7.)

---

52. *Droit de rétention. Conditions de ce droit. Art. 224 C. O.*

**Vaud.** Arrêt de la Cour civile du 26 novembre 1892 d. l. c. masse hoirs Cuénod c. Banque cantonale Vaudoise.

Par acte du 14 avril 1891, les hoirs Cuénod, à Corsier, qui faisaient le commerce des vins, ont remis en nantissement à la Banque cantonale une quantité de 29300 litres de vin, en vue de garantir le paiement d'un billet de change du capital de 8800 fr., souscrit par eux en faveur de la créancière à l'échéance du 15 juillet 1891. Ces vins, dit l'acte, sont logés dans la cave Bersier et restent sous la garde de M. Jomini, à Vevey, dépositaire de la clef de la cave, cela sous sa surveillance et responsabilité. M. Jomini ne devra se dessaisir du dit vin en nantissement que sur ordre de la créancière, qui conserve le privilège de créancier gagiste. Par acte du 19 mars 1891, les hoirs Cuénod avaient donné ces mêmes vins en nantissement à un autre créancier, E. Leuba, en mieux-value après le nantissement pour 8800 fr. Les hoirs C. ayant déposé leur bilan le 29 avril 1891, la discussion de leurs biens a été ordonnée, et la Banque cantonale est intervenue dans la masse, pour réclamer le paiement par

privilège du billet de 8800 fr. garanti par le nantissement. Le liquidateur admit cette intervention et la colloqua au rang revendiqué par la créancière. La Banque était en outre créancière des hoirs C. en vertu de titres chirographaires, pour une somme de 54,800 fr. et pour lesquels elle réclama aussi le droit de rétention sur les 29,300 litres de vin. Le liquidateur l'a admise pour cette somme en sixième classe sans reconnaître le droit de rétention. La Cour civile a confirmé ce mode de procéder et débouté la Banque de ses conclusions tendant à être mis au bénéfice du droit de rétention.

Motifs: Considérant qu'à teneur de l'art. 224 C. O. l'exercice du droit de rétention est subordonné à l'existence simultanée de trois conditions, à savoir

1. que la créance soit échue,
2. qu'il y ait connexité entre la créance et la chose retenue,
3. que les meubles qui font l'objet du droit se trouvent à la disposition du créancier du consentement du débiteur.

Sur le premier point, considérant que l'art. 226 C. O. dispose que si le débiteur est en faillite, le droit de rétention peut être exercé même pour la garantie d'une créance non échue;

Qu'ainsi, sur ce premier chef, il y a lieu d'admettre l'argumentation de la Banque.

Sur le second point, considérant qu'en présence de la disposition finale de l'art. 224 C. O., il y a lieu d'admettre qu'il y a connexité entre la créance et la possession de la chose, étant établi que les parties sont des commerçants et que c'est ensuite des relations d'affaires qu'elles ont eues ensemble que la Banque est devenue en possession de la chose retenue.

Sur le troisième point, considérant que l'expression disposition, du dit art. 224, doit s'entendre dans le sens que le créancier a la faculté exclusive de disposer de la chose qui constitue sa garantie.

Qu'il s'agit dès lors de savoir si l'acte de nantissement du 14/15 avril 1891, qui seul fixe les droits de la créancière, accorde à celle-ci la faculté exclusive et matérielle de disposer des vins donnés en garantie par les hoirs Cuénod.

Considérant qu'aux termes de cet acte, la Banque avait le droit de requérir la vente d'une quantité déterminée des vins remis en gage, suffisante pour couvrir sa créance de 8800 fr., en capital et accessoires.

Que la loi ne l'autorisait en aucune façon à procéder elle-même à la réalisation de son gage, mais qu'elle se trou-

vait, au contraire, dans l'obligation de s'adresser dans ce but à l'office.

Qu'elle ne pouvait pas davantage toucher directement le prix de cette réalisation, mais que l'office était seul compétent pour recevoir ce prix et en effectuer le versement en mains de la créancière gagiste.

Qu'à plus forte raison, la Banque ne pouvait prétendre avoir un droit spécial pour d'autres créances, sur la partie de ce vin qui n'aurait pas été nécessaire pour le paiement de la créance garantie.

Considérant d'ailleurs que J. Jomini, désigné par l'acte comme étant chargé de la surveillance et de la garde des vins, était un tiers qui remplissait les fonctions d'un véritable gardien judiciaire et ne pouvait ainsi être assimilé au créancier lui-même.

Qu'en outre, à teneur de l'art. 217 C. O., les débiteurs étaient en droit de donner cette même marchandise en gage à un second créancier, et qu'en fait c'est bien ce qui a eu lieu, puisqu'il résulte de l'acte du 21 mars 1891, produit aux pièces, que les hoirs Cuénod ont remis ces vins en garantie de leurs engagements vis-à-vis de E. Leuba.

Considérant qu'il est démontré par ces diverses circonstances que la Banque n'avait pas, ainsi qu'elle le prétend, la disposition exclusive des vins dont il s'agit.

Considérant que la commune intention des parties, lors de la signature de l'acte de nantissement du 14/15 avril 1891, a été de constituer un gage en faveur de la Banque pour un billet de 8800 fr.

Que le consentement des débiteurs à laisser en nantissement les vins, à disposition de la créancière, ne pouvait être étendu par celle-ci à d'autres engagements ne figurant point dans le dit acte.

Que les hoirs Cuénod ont bien compris qu'il en était ainsi, puisqu'ils ont constitué un nantissement en faveur d'un second créancier, sur ces mêmes vins.

Que, dès lors, la Banque ne saurait prétendre que la totalité des 29,300 litres de vin logé dans la cave Bersier fût à sa disposition du consentement des débiteurs.

(Journal des Tribunaux 1892 Nr. 50.)

---

53. *Eigentumsvorbehalt. Bei Nichtzahlung des Kaufpreises kann der Verkäufer die tradierte Sache auf dem Befehls-*

*wege zurückverlangen; dagegen findet keine Fristansetzung im Sinne des Art. 122 O. R. statt.*

**Zürich.** Entscheid der Rekurskammer des Obergerichts vom 7. Januar 1893.

R. verkaufte dem St. verschiedene Möbel zum Preise von Fr. 269, wovon Fr. 50 sofort baar bezahlt wurden. Der Rest von Fr. 219 sollte in wöchentlichen Raten von Fr. 10 entrichtet werden, und der Verkäufer R. behielt sich bis zur gänzlichen Tilgung seiner Forderung das Eigentum an den verkauften Objekten vor. Da indess der Käufer die Zahlungsfristen nicht einhielt, verlangte der Verkäufer vom Audienzrichter, dass jenem zur Zahlung der fälligen Raten eine angemessene Frist im Sinne von Art. 122 des O. R. unter der Androhung der Auflösung des Vertrages angesetzt werde. Mit diesem Begehren wurde er aber erst- und zweitinstanzlich abgewiesen, von der Rekurskammer aus folgenden Gründen: 1. Mit Unrecht ruft der Rekurrent den Art. 122 des O. R. an. Diese Bestimmung hat Fälle im Auge, wo bei einem fest abgeschlossenen Vertrage der eine Kontrahent sich im Verzuge befindet und in Folge dessen der Andere berechtigt ist, nach Ansetzung einer angemessenen Frist zur Erfüllung den Vertrag aufzulösen. Hier aber handelt es sich um einen unter einer Suspensiv-Bedingung abgeschlossenen Vertrag. Die Bedingung geht dahin, dass das Eigentum an dem Kaufsobjekte erst mit der gänzlichen Abzahlung des Kaufpreises übergeht.

Sobald der Käufer eine der versprochenen Abschlagszahlungen nicht leistet, ist daher der Verkäufer berechtigt, die Gegenstände zurückzufordern.

2. Das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien liegt so, dass der Käufer aus dem Kaufvertrage keinen Besitzestitel für die betreffenden Gegenstände hat, und dass der Verkäufer dieselben auf dem Befehlswege zurückverlangen kann, sofern der erstere nicht aus andern Gründen vorläufig in seinem Besitz geschützt werden muss. Es ist also in einem solchen Falle schon formell nur das Begehren um Herausgabe der Gegenstände zulässig. Von einem alternativen Befehl auf Bezahlung des Kaufpreises oder Herausgabe der Gegenstände könnte auch schon aus dem Grunde keine Rede sein, weil die Vollstreckung von Geldforderungen nur auf dem Wege der Schuldbetreibung und nicht auf dem Wege des Befehlsverfahrens zulässig ist. Der Verkäufer wird sich also in einem solchen Falle zu entscheiden haben, ob er auf den Eigentumsvorbehalt verzichten und die Kaufpreisforderung

geltend machen, d. h. den Weg der Schuldbetreibung betreten oder den Kaufgegenstand zurückfordern will.

Es ist auch gar nicht einzusehen, warum in einem derartigen Falle erst noch eine Frist zur Zahlung angesetzt werden müsste, während der Vertrag klar bestimmt, dass unpünktliche Abzahlung den Verkäufer zur sofortigen Wegnahme der Kaufsobjekte berechtige.

---

54. *Bail. Faculté du bailleur de demander, en cas d'abus de la chose louée par le locataire, ou la résiliation du bail ou l'exécution des clauses du bail. Art. 110 s. et 283 C. O.*

**Genève.** Arrêt de la Cour de justice civile du 19 novembre 1892 d. l. c. Lachat c. Sauvaire et Molherac.

Sauvaire et Molherac ont loué une arcade dans l'immeuble possédé par Lachat pour leur commerce en vins et liqueurs ainsi que pour les savons; en outre, ils se sont engagés à ne pas sous-louer tout ou partie des emplacements loués ni en changer la destination. Malgré ces stipulations, ils ont sous-loué l'arcade à un tiers, sculpteur de son état. Lachat les a assignés devant le Tribunal pour s'entendre ordonner de se conformer au bail, soit de réintégrer les locaux par eux loués pour y exercer l'industrie convenue. Les intimés ont contesté que les changements apportés par eux à la destination des lieux loués et la sous-location causent un préjudice quelconque au propriétaire de l'immeuble; ils ont conclu, en conséquence, au déboutement de Lachat. Le Tribunal de 1re instance a débouté Lachat de sa demande, par le motif que celui-ci n'usait pas de la faculté que lui donne l'art. 283 C. O. de demander la résiliation du bail avec dommages-intérêts, lorsque le locataire emploie la chose à un autre usage que celui pour lequel elle lui a été louée. Le Tribunal a, également, admis que ce serait contraire au principe de la liberté d'industrie que de refuser à quelqu'un le droit de changer, soit de profession, soit de local, pour l'exercice de cette profession. La Cour de justice a réformé ce jugement et admis la conclusion du demandeur.

Motifs: L'art. 283 C. O. donne incontestablement au bailleur le droit de demander, dans ce cas (emploi de la chose louée à un usage contraire au contrat de bail), la résiliation du bail avec dommages-intérêts, mais il n'en résulte pas que le bailleur soit tenu de demander cette résiliation et que, faute par lui de le faire, il soit irrecevable à poursuivre l'exécution complète des clauses du bail.

La sanction prévue à l'article 283 est une faculté accordée au bailleur, comme constituant un moyen efficace de contraindre le locataire à respecter les clauses du bail; mais rien ne permet d'admettre que ce soit la seule arme dont puisse se servir le bailleur; la loi ne dit point qu'il soit limité à ce moyen de contrainte et qu'il ne soit pas recevable à se servir, s'il le juge plus utile à ses intérêts, des moyens qui appartiennent d'une manière générale à tout créancier qui ne peut obtenir l'exécution complète des obligations contractées envers lui. Les articles 110 et 111 du Code des Obligations stipulent, en effet, que lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation, ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le débiteur est tenu à des dommages-intérêts, et que toute obligation de faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution imputable au débiteur. Lachat est fondé à invoquer les stipulations de ces articles.

Sauvaire et Molherac n'exécutant point les obligations par eux contractées dans leur bail et cette inexécution leur étant exclusivement imputable, leur obligation peut, sur la demande de Lachat, se résoudre en dommages-intérêts, sans qu'il soit nécessaire que celui-ci réclame en même temps, la résiliation du bail.

(La Semaine judiciaire 1892 Nr. 50.)

---

55. *Retentionsrecht des Vermieters, wiefern begründet an Untermietzinsforderungen. Art. 295 O. R.*

**Zürich.** Entscheid des Kassationsgerichts v. 15. September 1892 i. S. Bourgeois c. Schoch.

Schoch hatte an K. ein ganzes Haus vermietet, und K. hatte einen Teil davon in Untermiete gegeben. Ein Gläubiger des K. (Bourgeois) pfändete für seine Forderung die dem K. geschuldeten Untermietzinse, und Schoch erhob nun seinerseits Anspruch darauf, behauptend, dass ihm auf Grund des in Art. 295 O. R. dem Vermieter an den Illaten des Untermieters eingeräumten Retentionsrechtes auch ein Recht an den Untermietzinsen zustehe. Die Appellationskammer sprach ihm dieses Recht zu, weil aus dem Rechte des Vermieters, die Illaten des Untermieters zu retinieren, ohne Weiteres die Befugnis folge, den Untermieter an der Zahlung des Mietzinses an den Untervermieter zu verhindern, indem sonst das Retentionsrecht des Vermieters gegenüber dem Untermieter keinen praktischen Wert hätte und von letzterem jederzeit durch Zahlung des Zinses an den Untervermieter

illusorisch gemacht werden könnte. — Das Kassationsgericht hob dieses Urteil auf und wies den Kläger ab.

**Motive:** Art. 294 und 295 O. R. gewähren dem Vermieter lediglich ein Retentionsrecht an gewissen vom Mieter und Untermieter in die Mieträume eingebrachten beweglichen Sachen, und die angebliche Wertlosigkeit dieses Retentionsrechtes, soweit es sich auf die vom Untermieter eingebrachten Sachen bezieht, berechtigt den Richter nicht, an Stelle des Gesetzgebers dem Vermieter ein Vorzugsrecht — Retentionsrecht könnte man es nicht nennen, da ein solches sich nur auf körperliche Sachen, Wertpapiere inbegriffen, bezieht — an Untermietzinsforderungen oder anderen Forderungen des Mieters einzuräumen.

(Schweizer Blätter f. handelsr. Entsch. XI Nr. 22.)

---

56. *Retentionsrecht des Vermieters. Freiheit der Kompetenzstücke des Mieters trotz Vertragsbedingung. Art. 294 Abs. 2 O. R.*

**Luzern.** Entscheid der Justizkommission vom 23. September 1891.

Ein Vermieter beanspruchte das Retentionsrecht an sämtlichen Illaten des Mieters inklusive der Kompetenzstücke und berief sich auf den Wortlaut des Mietvertrags, wonach sämtliches Inventar der Mietsleute als Pfand für den Mietzins zu haften habe, was gerade mit Rücksicht auf den geringen Wert der gesamten eingebrachten Fahrnis aufgenommen worden sei. Der Mieter erklärte, bei Unterzeichnung des Vertrags immerhin als selbstverständlich erachtet zu haben, dass die Kompetenzstücke nicht in Betracht fallen. Die Justizkommission trat der letzteren Ansicht bei.

Motive: Es muss daran festgehalten werden, dass die die Kompetenzstücke dem Bereiche des Retentionsrechtes entziehende Bestimmung in Art. 294 Abs. 2 O. R. in der deutlich erkennbaren Absicht geschaffen wurde, den dürftigen und an und für sich in abhängiger Stellung befindlichen Mieter den Ansprüchen des Vermieters gegenüber zu schützen, und demnach als ein zwingendes Gesetz (lex cogens) zu betrachten ist, welches die Möglichkeit ausschliesst, in rechtsgiltiger Weise durch Vertrag eine entgegenstehende Verfügung zu treffen.

(Verhandl. des Oberger. und der Justizkomm. 1891 Nr. 67.)

---

57. *Droit de rétention du bailleur. Subrogation de la caution qui a payé au droit de rétention. Art. 294, 504 C. O.*

**Fribourg.** Jugement du Tribunal civil de la Sarine du 3 novembre 1892 d. l. c. Perroud c. Gyr et cons.

La commune de Chénens avait remis en location à P. Gillard son auberge communale dite „Buffet de la Gare“ et Gillard avait sous-affermé l'établissement à P. Monney. Dans le contrat de sous-location, L. et M. Perroud sont intervenus comme cautions des engagements de Monney. Celui-ci ne payant pas ses loyers et paraissant obéré, Gillard commença des poursuites contre lui et la caution Marie Perroud paya, le 24 septembre 1889, tous les baux échus par fr. 1333. 33, somme qui fut remise le même jour à l'administration communale de Chénens. Le 6 septembre, la commune avait déjà notifié à Monney le séquestre de ses biens garnissant les lieux loués, aux fins de parvenir au paiement, par fr. 1332. 60, de la location échue le 8 juillet, comme aussi pour garantir le paiement du terme devant échoir le 8 mars 1890. D'autre part, Monney se trouvait en butte à des poursuites dirigées par des fournisseurs et des saisies mobilières avaient été pratiquées à son préjudice par plusieurs créanciers. Les 13 et 14 novembre 1889, la commune, donnant suite à son séquestre, fit procéder à la vente des objets saisis et en perçut le montant par fr. 1942. 15. Dès lors, Marie Perroud a prétendu qu'elle est substituée aux droits de la commune et notamment au droit de rétention que celle-ci possédait contre Monney, ce jusqu'à concurrence de la somme payée par elle à la commune; conséquemment qu'elle est en droit de la prélever sur le produit des mises tenues au préjudice de Monney et qu'elle a des droits préférables aux saisies des autres créanciers. Ceux-ci ont contesté cette prétention et objecté que le droit de rétention étant accordé au bailleur seulement est attaché exclusivement à sa personne et que M. Perroud ne saurait être mise au bénéfice du droit de rétention existant en faveur de la commune. Le Tribunal a admis la demanderesse dans ses conclusions.

Motifs: Que la question qui se pose est de savoir si la caution d'un bail qui paie les loyers dus par le preneur est subrogée au droit de rétention accordé par la loi (Art. 294 C. O.) au bailleur.

Que l'Art. 504 C. O. statue que la caution qui a payé est subrogée aux droits du créancier jusqu'à concurrence de ce qu'elle lui a payé.

Qu'aucune prescription légale ne prévoit que la subrogation précitée n'a pas lieu lorsqu'il s'agit du droit de rétention du bailleur.

Qu'en payant le prix du bail la caution M. Perroud a donc été subrogée à tous les droits de la commune, spécialement au droit de rétention que celle-ci possédait.

Que la commune de Ch. ayant cru devoir, en vertu de son droit de rétention, faire séquestrer juridiquement, puis faire vendre en mises publiques les biens de M. garnissant les locaux loués, la caution M. P. a, par le fait de son paiement, le droit de retenir de préférence à tout autre créancier le montant réalisé par ces ventes, tout comme l'aurait fait la commune elle-même.

Que c'est à tort du reste, que les défendeurs, prétendant qu'en fait il se serait opéré en faveur de la caution Perroud une simple cession, soutiennent que le droit de rétention prévu aux art. 224 et 294 C. O. est incessible.

Qu'il faut admettre, en effet, que le cédant qui a fait abandon à la caution engagée envers lui de sa prétention pour loyers et des droits y annexés, s'est, par le fait, déclaré prêt à exercer le droit de rétention pour le compte du cessionnaire et à faire jouir celui-ci des privilèges attachés à sa créance; que dans ces conditions le droit de gage légal ne peut pas plus être refusé au cessionnaire qu'il ne peut l'être au créancier, soit au bailleur; que lorsqu'il y a cession d'un loyer, il y a, par le fait, cession du droit de rétention qui en découle, qu'alors le pouvoir de disposer de la chose passe au cessionnaire, en ce sens qu'à dater de la cession, c'est pour son compte que le cédant exerce la rétention (voir arrêt de la Cour suprême de l'empire d'Allemagne 1887 p. 125).

Qu'en faisant procéder à la vente des biens de son locataire, après avoir été désintéressée par la caution, la commune de Ch. n'a donc fait qu'exercer non pas pour son propre compte, mais pour celui de la caution, le droit de rétention découlant du bail.

Qu'étant au bénéfice du droit de rétention sur les biens de M., la caution P. a incontestablement sur le produit de la vente de ces biens des droits meilleurs que ceux obtenus par les défendeurs en vertu de leurs poursuites.

(Journal des Tribunaux 1893 Nr. 2.)

---

58. *Dienstvertrag. Entlassung aus wichtigen Gründen. Anwendbarkeit des Art. 346 O. R. bei Vorhandensein von Gründen, die im Dienstvertrag nicht ausdrücklich vorgesehen sind.*

**Luzern.** Urteil des Obergerichts vom 31. Dezember 1891.

B. St. war bei der Seethalbahngesellschaft als Lokomotivführer angestellt. Er wurde von seiner Stelle sofort entlassen, weil er am 2. Dezember 1889 behufs Einholung einer Verspätung die zulässige Fahrgeschwindigkeit von 35 km. auf 40 per Stunde gesteigert hatte und stark angetrunken sich gegen den Stationsvorsteher zu L. subordinationswidrig verhalten hatte. Er verlangte wegen unbegründet vorzeitiger Dienstentlassung eine Entschädigung von Fr. 810 und machte dafür geltend, dass nach Art. 5 des Anstellungsvertrags eine sofortige Entlassung nur statthaft sei, wenn diese Folge in den Dienstvorschriften ausdrücklich angedroht sei; das liege hier nicht vor. Das Obergericht wies die Klage ab.

Motive: Es ist richtig, dass in Art. 5 des Anstellungsvertrags der Direktion der Seethalbahngesellschaft das Recht eingeräumt ist, den Vertrag jederzeit ohne Kündigung aufzuheben, wenn der Angestellte „sich eines der in den gemeinsamen Bestimmungen und für sämtliche Angestellte mit dieser Folge bedrohten Dienstvergehens schuldig macht.“ Damit ist aber offenbar nicht gesagt, dass eine vorzeitige Aufhebung des Vertrags für die Direktion unter allen Umständen nur infolge eines solchen Vergehens der Angestellten statthaft sei. Vielmehr steht neben und über dieser vertraglichen Bestimmung die gesetzliche Bestimmung des Art. 346 O. R., wonach aus wichtigen Gründen von jedem Teile die Aufhebung eines Dienstvertrages vor Ablauf der Dienstzeit verlangt werden kann. Solche wichtige Gründe liegen im gegebenen Falle vor. . . . .

(Verhandl. des Obergerichts 1891 S. 123.)

---

59. *Kollektivgesellschaft. Deren rechtliche Natur. Kompensation von Forderungen der Gesellschafter mit Schulden der Gesellschaft. Art. 571, 136 Ziff. 1 O. R.*

**Baselstadt.** Urteil des Appellationsgerichts vom 19. Dezember 1892 i. S. Kühni und von Gonten c. Konkursmasse Denner & Cie.

Paul Kühni und Wilhelm von Gonten waren früher Prokuristen der Firma Denner & Cie gewesen. Sie traten im September 1889 aus und gründeten ein eigenes Geschäft unter der Firma Kühni und von Gonten, das mit der Firma Denner

& Cie in Geschäftsverbindung trat. Letztere Firma geriet 1890 in Konkurs; sie war Gläubigerin der Firma Kühni & von Gonten und die Massaverwaltung klagte die betreffende Forderung ein; die Beklagte wollte kompensieren 1. mit Gegenforderungen, die ihre Teilhaber aus ihrem Anstellungsverhältnis bei Denner & Cie noch zu gut hatten und schon vor Konkursausbruch an die Firma K. & v. G. förmlich zediert hatten; 2. mit einer Forderung von Fr. 2500, welche Summe die Firma K. & v. G. nach dem Ausbruch des Denner'schen Konkurses an die schweizerische Volksbank bezahlt hatte, um ihre Teilhaber aus einer Wechselbürgschaft zu lösen, die sie auf einem von Denner & Cie ausgestellten und an die Volksbank gelangten Wechsel eingegangen hatten. Die Klagpartei (Masse D. & Cie) bestritt die Zulässigkeit dieser Kompensationen, und zwar die sub 1., weil die Cession in fraudem creditorum erfolgt, somit nach Art. 137 O. R. unwirksam sei, und die sub 2., weil Zahlung einer Schuld durch einen Dritten vorliege, auf den die Rechte des Schuldners nicht übergegangen seien.

Das Civilgericht liess die Kompensation bezüglich der Gegenforderung unter 1. zu, indem es gemäss dem bundesgerichtlichen Präjudiz i. S. Masse Schildknecht c. Huber v. 3. Nov. 1888 (a. S. XIV S. 637) den Nachdruck darauf legte, ob der Übergang der Forderung von den beiden Teilhabern auf die Firma in frauduloser Absicht geschehen sei, und dies verneinte. Dagegen lehnte es die sub 2. beanspruchte Verrechnung ab, weil die Wechselbürgschaft von Paul Kühni und Wilh. von Gonten persönlich eingegangen worden sei, und zwar vor Bestehen der Gesellschaft K. & v. G. „Sie waren somit nur persönlich haftbar und nicht ihre Firma. Wenn nun diese letztere nach Ausbruch des Konkurses für die Bürgen intervenierte und den Kreditor befriedigte und sich von ihm seine Rechte gegen den Gemeinschuldner zedieren lässt, so erwirbt sie damit eine Forderung, die ihr vor dem Konkurse nicht zustand, und es ist somit nach Art. 136 Ziffer 1 O. R. die Verrechnung ausgeschlossen."

Das Appellationsgericht liess die Kompensation auch in diesem zweiten Falle zu und begründete seinen von dem erstinstanzlichen Urteil abweichenden Entscheid in einer, auch bezüglich des Falles sub. 1. der Auffassung des Civilgerichts nicht zustimmenden Motivierung wie folgt:

Die erste Instanz nimmt an, dass die klägerische Firma diese von Paul Kühni u. W. von Gonten persönlich und zu einer Zeit, da die Kollektivgesellschaft Kühni und von Gonten

noch nicht bestand, eingegangene Wechselbürgschaft, bezw. die aus Bezahlung derselben entstandene Forderung nur dann mit Gesellschaftsschulden kompensieren könnte, wenn sie die Forderung von ihren Teilhabern schon vor dem Konkurs der Beklagten durch Cession erworben hätte, gemäs Art. 136 Ziff. 1 O. R. Sie geht hiebei von der Voraussetzung aus, dass die Gesellschaft Kühne und von Gonten ein von den beiden Teilhabern gänzlich verschiedenes Rechtssubjekt, eine juristische Person sei, deren Rechtsverhältnisse von denen ihrer Teilhaber durchweg abgesondert seien, sodass eine Geltendmachung der Privatforderungen der Gesellschafter durch Kompensation Seitens der Gesellschaft nur infolge förmlicher und rechtsgiltiger Cession denkbar sei. Diese Auffassung findet aber im O. R. nicht genugsame Unterstützung und Art. 42 O. R. unterscheidet geradezu juristische Person und Gesellschaft. Es ist richtig, dass das Gesellschaftsrecht so wie es im Obligationenrecht normiert ist, nach mehrfachen Richtungen eine Trennung des Gesellschaftsvermögens und des Vermögens der einzelnen Gesellschafter zur Geltung bringt, und dass dann eine Doktrin, die nur diese Seite des Verhältnisses ins Auge gefasst hat, wohl vorschnell daraus abstrahiert hat, die Kollektivgesellschaft sei eine juristische Person. Aber dieser Schluss ist nicht gerechtfertigt; nicht nur in ausserprivatrechtlichen z. B. Steuerfragen sind diese Konsequenzen nicht gezogen, sondern auch in der privatrechtlichen Auffassung der Gesellschaft nicht. Die Teilhaber sind und bleiben Miteigentümer des Gesellschaftsvermögens und haben die Teilungsklage und dergl., was alles den Begriff der juristischen Person ausschliesst, und die im Gesetz aufgestellten Bestimmungen über Trennung von Gesellschafts- und Privatvermögen erklären sich demgemäs nicht aus einer juristischen Persönlichkeit der Gesellschaft, sondern aus rein praktischen Zweckmässigkeitsrücksichten, die eine dem römischen peculium analoge und verwandte Behandlung des Gesellschaftsvermögens als wünschenswert haben erscheinen lassen. Darum sind auch solche Vorschriften nicht aus einer falschen Doktrin heraus weiter zu entwickeln und auszudehnen, sondern es muss bei dem bleiben, was sie ausdrücklich sagen. Einen solchen bestimmten Ausspruch gerade bezüglich der Kompensation enthält aber Art. 571 O. R. Er bestimmt, in welchen Fällen Gesellschaftsforderungen und -schulden mit Privatschulden resp. -forderungen der Gesellschafter nicht kompensiert werden dürfen. Der heutige Fall der Kompensation einer Gesellschaftsschuld mit einer Forderung der Ge-

sellschafter, und zwar Seitens der Gesellschaft mit Willen sämtlicher Gesellschafter, ist nicht darunter, und mit Recht nicht, denn es nötigt dazu keinerlei praktisches Bedürfnis. Schon damit ist gesagt, dass das Gesetz die Kompensation in unserm Fall ipso jure und ohne dass es einer Cession bedürfte, zulässt. Dieses Ergebnis muss um so zweifelloser erscheinen, wenn wir fragen, was gelten müsste, wenn der Art. 571 gar nicht dastünde. Dann müsste doch unbedingt die Kompensation nach allgemeinen Grundsätzen zuzulassen sein. Der Art. 571 trifft aus praktischem Interesse hievon nur einige Ausnahmen, bei denen es sein Bewenden haben muss, um so mehr, als die Struktur des Gesellschaftsrechts im O. R. es nicht verbietet.

Daraus folgt, dass Klägerin auch die Fr. 2500, die sie für den Wechsel bezahlt hat, mit Gesellschaftsschulden kompensieren darf. Denn auch der Umstand, dass die Bezahlung dieser Forderung erst nach Ausbruch des Konkurses von Denner & Cie erfolgt ist, hindert die Kompensation nicht, da der Art. 136 Ziff. 1 O. R. den Fall des Regresses eines schon vor Konkursausbruch verpflichteten Bürgen oder Wechselverpflichteten nicht im Auge hat.

---

60. *Tantièmenanspruch gegenüber Aktiengesellschaften. Rechtliche Natur desselben. Art. 630, 631 O. R.*

**Zürich.** Urteil des Handelsgerichtes vom 27. Januar 1893 i. S. Zollinger c. Mechanische Backsteinfabrik.

Der Kläger war lange Jahre hindurch als technischer Direktor bei der Beklagten angestellt auf Grund eines festen Jahresgehaltes nebst einer vertraglich zugesicherten Tantième von 3% des Geschäftsreinertrags. Der Modus der Ausmittlung des Reinertrags war durch § 34 der Statuten geordnet. Im Jahre 1887 wurde anlässlich einer Statutenrevision die Vorschrift über die vorzunehmenden Abschreibungen etwas modifiziert, was dann auf die Feststellung des Reingewinns und damit der Tantième der Angestellten Einfluss hatte. Bald darauf löste Kläger auf gütliche Weise sein Verhältnis zu der Gesellschaft, die mit ihm vereinbarte, dass er seine Stelle Mitte Oktober 1891 verlassen könne, dass ihm aber sein Gehalt bis 15. März 1892 in bisheriger Weise zugestellt werde. Als er dann seinen Gehalt und als Betrag seiner Tantième bis 31. Dezember 1891 Fr. 2571.60 erhielt, reklamierte er noch Fr. 1672.20 teils als Tantième für 1891, teils als Nach-

zahlung wegen widerrechtlicher Verkürzung der Tantièmen von 1890 und 1889. Die Differenz zwischen den Parteien betraf hauptsächlich die Frage, inwiefern die Generalversammlung befugt sei, den zur Verteilung kommenden Reingewinn mit Rechtswirkung auf vertragsmässig zugesicherte Tantièmenrechte zu bestimmen, und ferner, ob Kläger für das Jahr 1891, vor dessen Ablauf er ausgetreten, überhaupt Tantième fordern könne. Der Kläger wurde gänzlich abgewiesen.

Aus den Gründen: 1. Der Standpunkt des Klägers, der beansprucht, dass seine Tantième pro 1891 auf Grundlage der früheren seit 1. Januar 1888 ausser Kraft gesetzten Gesellschaftsstatuten berechnet werde, ist schon deswegen unstichhaltig, weil die vom Kläger angefochtene ausserordentliche Reservestellung nicht auf einer statutarischen Änderung, sondern auf der Anwendung des Gesetzes beruht. Indessen kann auch kein Zweifel darüber bestehen, dass auch in Fällen, wo an einer vertraglichen auf Statutenbestimmungen Bezug nehmenden Vereinbarung trotz nachheriger Revision der bezüglichen Statutenvorschriften nichts geändert wurde, dennoch für die Tantièmen-Berechnung die neuen Statuten massgebend sind. Art. 630 Abs. 1 des O. R. bestimmt, dass „die Dividenden und Tantièmen" nur aus dem Reingewinn, welcher sich aus der Jahresbilanz ergiebt, bezahlt werden dürfen. Damit ist ausgesprochen, dass die Tantièmen und Dividenden bezüglich der Voraussetzungen, unter denen sie ausgerichtet werden sollen, gleich gestellt sind, und hieraus folgt ohne weiteres, dass der Tantièmenberechnung in keinem Falle eine höhere Gewinnsumme zu Grunde gelegt werden darf, als die für die Dividende angenommene. Die genannte Vorschrift des O. R. beruht gleich derjenigen in Art. 631 Abs. 1, wonach eine Dividende erst nach der statutengemässen Ausstattung des Reservefonds verteilt werden kann, auf dem öffentlichen Interesse, indem sie, wie z. B. die Vorschriften über die Bilanz (Art. 656), dazu dienen soll, die Gläubiger der Aktiengesellschaften vor Misswirtschaft der letztern in Schutz zu nehmen. Es sind daher alle diese Vorschriften als zwingendes Recht aufzufassen, wie dies bezüglich Art. 631 Abs. 2 bei der Gesetzesberatung ausdrücklich festgestellt wurde (Schneider, Kommentar zu Art. 631). Der Versuch, der Berechnung von Tantièmen und Dividenden verschiedene Summen als „Reingewinn" zu Grunde zu legen, würde in der That nicht bloss mit der geschäftlichen Übung, sondern auch mit dem Rechts- und Billigkeitsgefühl im Widerspruche stehen. Die kaufmännische Loyalität gestattet den Funktionären einer

Aktiengesellschaft nicht, in dieser Hinsicht bessere Rechte zu verlangen, als sie den Aktionären selbst zukommen, und für sich einen „Reingewinn“ in Anspruch zu nehmen, der eben als solcher nicht festgestellt ist.

2. Die Festsetzung der Dividende, welche demgemäs auch für die Bemessung der Tantième massgebliche Bedeutung hat, liegt nach Art. 644 Abs. 2 und 3 O. R. in der ausschliesslichen Befugnis der Generalversammlung, deren Beschlüsse sich allerdings innerhalb der von Statut und Gesetz gezogenen Schranken zu halten haben. Nun bestimmen die neuen Statuten der Beklagten, dass von dem nach Abzug der Passiven und der vorgesehenen Abschreibungen sich ergebenden Gewinne vorerst dem Aktienkapital eine Minimaldividende von 5% zuzutheilen und sodann „aus dem Rest“ 15% als Tantième an den Verwaltungsrat, die Direktion und den technischen Direktor auszurichten sei, und es ist also die Saldo-Rückstellung, gegen welche die Klage sich richtet, in den Statuten nicht vorgesehen. Neben diesen kommt indessen für die Beschlüsse der Generalversammlung das Gesetz zur Geltung, soweit dieses zwingende Bestimmungen enthält, und dies ist, wie bereits bemerkt, mit Bezug auf Art. 631 Abs. 2 O. R. der Fall, wonach die Generalversammlung als befugt erklärt wird, vor Verteilung der Dividende auch solche Reserveanlagen, welche nicht in den Statuten vorgesehen sind, zu beschliessen, „sofern die Sicherstellung des Unternehmens es erfordert.“ Der Nachweis hiefür ist mit Bezug auf die vorwürfige Frage Sache der Beklagten, die sich hierauf beruft. Hiebei würde aber eine ängstliche Interpretation der thatsächlichen Verhältnisse jedenfalls den Intentionen des Gesetzes widersprechen; denn die „Sicherstellung des Unternehmens“ ist in ihren Grundlagen wesentlich von der zukünftigen Gestaltung gewisser Faktoren abhängig, welche stets nur mit einiger Wahrscheinlichkeit zum voraus beurteilt werden können, und es muss daher dem freien Ermessen der Generalversammlung in dieser Hinsicht ein weiterer Spielraum gelassen werden. Die ziemlich allgemeine und jedenfalls bei solid verwalteten Aktiengesellschaften herrschende kaufmännische Übung, wonach in günstigen Geschäftsjahren bei der Bilanz-Aufstellung zur Konsolidierung des Unternehmens in gewissem Masse ausserordentliche Reserven angelegt werden, erscheint daher mit dem Gesetze keineswegs als im Widerspruch. Die Angemessenheit der streitigen Rückstellung ist s. Zt. vom Verwaltungsrate der Beklagten in genügender Weise begründet worden mit dem Hinweis auf

die Notwendigkeit einer Umänderung des Ringofens und die erforderliche Erneuerung einer Dampfmaschinenanlage. Ausserdem hat in der Hauptverhandlung die Beklagte ausgeführt, dass jener Saldovortrag sich umsomehr gerechtfertigt habe, als bald nachher auf den in die Aktiven eingestellten Posten ganz bedeutende Abschreibungen notwendig geworden seien, welche mehr als die Hälfte jener Summe aufgezehrt haben, und somit der Gewinn pro 1891 sich nachträglich entsprechend reduziert habe. Hiefür hat die Beklagte Beweis anerboten; indessen kann von der Abnahme desselben Umgang genommen werden, weil ein fernerer Rechtsstandpunkt der Beklagten ohne weiteres als durchschlagend erscheint.

3. Mit Recht hat nämlich die Beklagte geltend gemacht, dass dem Kläger ein Tantième-Anspruch lediglich für den Abschnitt des Jahres 1891 zustehe, während dessen er im Geschäfte noch thätig gewesen sei; denn der Dienstvertrag, auf den die klägerische Forderung sich stützt, wurde zufolge freien Übereinkommens der Parteien mit dem Momente des Rücktritts des Klägers aufgehoben. Die klägerische Forderung auf Gewinn-Anteil erstreckt sich daher nur auf die Zeit vom 1. Jan. 1891 bis zum Austritte des Klägers. Die auf diesen Zeitraum entfallende Tantième ist aber in runder Summe gleich der Summe, welche Kläger von der Beklagten schon empfangen hat; demnach ist die Klage gänzlich abzuweisen.

Anmerkung des Einsenders: Der vorstehende Entscheid trifft in der Sache selbst auf Grund der Erwägung 3 wohl das Richtige; dagegen lassen sich gegen die Erwägungen 1 und 2, insbesondere was die Natur des streitigen Tantièmenanspruchs anbetrifft, einige nicht unwichtige Bedenken geltend machen. Welche Rechte einem Angestellten gegenüber der Aktiengesellschaft auf Grund einer vertraglich zugesicherten Tantième zustehen, ist natürlich in erster Linie Interpretationsfrage; im übrigen ist aber zu berücksichtigen, dass ein Angestellter mit seinem vertraglichen Tantièmenanspruch der Gesellschaft anders gegenübersteht als die Mitglieder der Verwaltung. Es steht gewiss trotz Art. 630 Abs. 1 O. R. nichts entgegen, einem Angestellten sogar Tantièmen vom Bruttogewinn zuzusichern und eine solche Bestimmung überhaupt nicht in die Statuten aufzunehmen; eine solche Tantième ist dann eben nichts anderes als ein variabler Teil des Salärs, welcher zugleich mit dem festen Gehalt des Angestellten unter die Betriebsunkosten zu buchen ist, also in Abzug kommt, bevor ein „Reingewinn" überhaupt vorhanden ist. Anders verhält es sich mit der Tantième der Mitglieder der Verwaltung, welche als Honorierung

von der Generalversammlung erteilten allgemeinen Mandats
ıfassen ist; nur auf diese kann Art. 630 Abs. 1 O. R. Bezug
n, da die Ansprüche der Verwaltung gegen die Gesellschaft
dem Mandate durch die Statuten geregelt sind.

Die streitige Tantième ist nun laut Vertrag vom Reingewinn
erechnen. Was als solcher zu betrachten sei, ist in der Regel
en Statuten vorgeschrieben; auch ist richtig, dass die Fest-
lung desselben dem Beschlusse der Generalversammlung unter-
. Allein das vorstehende Urteil verwechselt offenbar Fest-
lung und Verteilung des Reingewinns. Ist derselbe ein-
festgestellt, so hat die Generalversammlung betreffend die Ver-
ng, von statutarischen Vorschriften abgesehen, nur noch die
petenz, welche Art. 631 Abs. 2 O. R. ihr verleiht. Allein
Kompetenz geht nur gegen die einzelnen Aktionäre und deren
te auf Verteilung des Reingewinns pro rata ihres Aktien-
zes; ein Teil des Reingewinns darf also unter Umständen un-
ilt gelassen werden, trotz der Bestimmung des Art. 629
1 O. R. Von dieser Kompetenz der Generalversammlung
en aber ganz unzweifelhaft vertragliche Rechte der Ange-
en in Bezug auf deren Tantièmen unberührt, da es überhaupt
in der Machtbefugnis der Generalversammlung liegen kann,
ite, welche die Verwaltung innerhalb ihrer Kompetenz Dritten
ihrt hat, zu beschneiden. Die Berechnung der Tantième hat
vom festgestellten Reingewinn zu geschehen ohne Rück-
darauf, ob der Reingewinn auch statutengemäs zur Ver-
ıg unter die Aktionäre gelangt, oder aus bestimmten Gründen
Teil per Saldo vorgetragen wird. Mit der Genehmigung des
ler Verwaltung festgestellten Reingewinns seitens der General-
ımmlung wird der Tantièmenanspruch des Angestellten gegen
Gesellschaft existent. Es geht daher nicht an, mit dem vor-
nden Urteil Dividenden- und Tantièmenanspruch wegen der
mmung des Art. 630 Abs. 1 ganz gleich zu behandeln; es
chliesslich auch nicht erfindlich, warum das Gesetz Ansprüche
Aktionäre und Ansprüche Dritter an die Gesellschaft im ge-
nen Falle gleich behandelt wissen wollte (vgl. das Rubrum
bte und Pflichten der Aktionäre," unter welchem der cit.
630 sich befindet. Ferner: Neukamp, der Reservefonds
Aktiengesellschaften, in Goldschmidts Zeitschr. f. Handelsrecht,
VIII S. 15 ff.).

—

61. *Ehescheidung. Böswillige Verlassung und Ehebruch. B.-Ges. betr. Civilstand und Ehe, Art. 46 d und a.*

**Baselstadt.** Urteil des Civilgerichts vom 2. November 1892.

Eine böswillige Verlassung des Mannes durch seine Frau liegt nicht vor, wenn diese von ihm fortzog, weil er seine Pflichten ihr gegenüber vernachlässigte und weil ihr bei ihrer Kränklichkeit kein anderes Mittel übrig blieb, ihr und ihres Kindes Leben zu fristen, und wenn die Fortdauer des Getrenntlebens durch schwere Krankheit der Frau erklärt wird. Die Aufforderungen Seitens des Mannes zur Rückkehr waren nur Mittel zum Zweck der Scheidung, da er eine Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft gleichzeitig ablehnte. Art. 46 d setzt ein ungerechtfertigtes Verhalten der Beklagten und ein Begehren des Klägers, die Ehe wiederherzustellen, voraus; beides liegt hier nicht vor.

Der Widerklägerin, die sich auf Ehebruch des Mannes stützt, liegt nicht der Beweis ob, dass sie nicht früher als 6 Monate vor Anbringen ihres Scheidungsbegehrens von dem Ehebruch Kenntnis hatte, sondern der Gegenpartei der Beweis des Gegenteils. Aus der Tatsache, dass ein Ehegatte Scheidungsklage unterlässt, trotzdem er weiss, der andere Ehegatte unterhalte mit einem Dritten ein geschlechtliches Verhältnis, kann nicht gefolgert werden, er gebe mit diesem Verzicht einen Freibrief für jeden künftigen Ehebruch. Vielmehr konstituiert jeder einzelne Akt ausserehelicher Geschlechtsvereinigung Seitens eines Ehegatten einen Ehebruch, und für jeden ist gesondert zu untersuchen, seit wann ihn der gekränkte, Scheidung verlangende Eheteil gekannt hat.

---

62. *Ehescheidung. Böswillige Verlassung. B.-Ges. betr. Civilstand und Ehe, Art. 46 d.*

**Baselstadt.** Urteil des Civilgerichts vom 14. September 1892.

Die Ehefrau des Klägers verschwand am 8. Januar 1890 nach der Beerdigung ihrer Mutter plötzlich und blieb trotz eifrigsten Nachforschungen spurlos verschwunden. Am 27. Juli 1892 wurde dem Kläger Ediktalaufforderung zur Rückkehr nach Art. 46 d bewilligt; nach nutzlosem Verstreichen derselben gab er Scheidungsklage wegen böswilliger Verlassung ein. Kläger nahm Anfangs, da keinerlei Misshelligkeiten vorlagen, an, seine Frau, die etwas schwermütig war, habe den Tod gesucht; später entdeckte er aber, dass sie ohne

sein Vorwissen Schulden gemacht habe. Eine Ediktalcitation blieb erfolglos.

Rechtsgründe: Wäre der Tod der Beklagten erwiesen, so wäre die Scheidungsklage gegenstandslos. Durch die blosse Möglichkeit des Todes aber ist sie nicht ausgeschlossen. Sonst müsste behufs Anwendung des Art. 46 d vom Kläger der Nachweis erbracht werden, dass der beklagte Ehegatte noch am Leben ist, und jede Ediktalcitation wäre nur unter dieser Voraussetzung zulässig. Die Folge wäre, dass stets, wenn der derzeitige Aufenthaltsort des andern Eheteils unbekannt ist und eine sichere Todesbeurkundung nicht vorliegt, die Trennung der Ehe nur durch den Tod des verlassenen oder Todeserklärung des abwesenden Eheteils rechtlich fixiert werden könnte. Diese ausserordentlich harte Konsequenz liesse sich doch nur rechtfertigen, wenn das Gesetz selbst sie forderte, und dies ist nicht der Fall. Eine zweijährige Verlassung des Klägers ist erwiesen; jede Verlassung zwischen Ehegatten muss als Verstoss gegen die Ehepflicht des Zusammenlebens, als „böswillig" angesehen werden, solange keine Rechtfertigungsgründe für sie vorliegen; die dem Gericht zur Kenntnis gelangten Umstände ergeben solche nicht; für Kollusion der Parteien liegt kein Anhaltspunkt vor; die Aufforderung zur Rückkehr ist erfolglos geblieben. Mehr verlangt das Gesetz nicht.

Das Gericht hat demgemäss das Klagbegehren zugesprochen.

---

63. *Eisenbahnhaftpflicht. Grobe Fahrlässigkeit liegt nicht schon von vorneherein in jeder Nichtbeachtung der Dienstreglemente. B.-Ges. v. 1. Juli 1875, Art. 7.*

**Bern.** Urteil des App.- und Kass.-Hofes vom 26. Februar 1892 i. S. Mutti c. Jura-Simplon-Bahngesellschaft.

Der Arbeiter Mutti war beim Manövrieren durch den aus dem nachfolgenden Urteile ersichtlichen Vorgang schwer verletzt worden. Über den Grundsatz der Entschädigungspflicht der Eisenbahn herrschte unter den Parteien kein Streit, nur darüber bestand die Meinungsverschiedenheit, ob grobe Fahrlässigkeit der Bahngesellschaft anzunehmen und daher Art. 7 des B.-Ges. anwendbar sei. Das Gericht erachtete die grobe Fahrlässigkeit in casu als ausgeschlossen.

Motive: Eine grobe Fahrlässigkeit der Beklagten erblickt der Kläger vorzüglich in der formellen Widerhandlung

des Rangiermeisters Santschi gegen Art. 54 des allgemeinen Fahrdienstreglementes der schweizerischen Eisenbahnen vom 16. Juli 1880, wonach es allen Angestellten verboten ist, einen Befehl zur Ingangsetzung eines Zuges zu geben, bevor alle beim Manöver und beim Kuppeln der Wagen Beteiligten aus den Puffern herausgetreten sind. Es ist zweifellos, dass eine solche Widerhandlung in casu vorliegt und dass der Unfall nicht begegnet wäre, wenn Santschi der fraglichen Bestimmung strikt nachgelebt hätte, denn die Verletzung des Mutti wurde gerade dadurch herbeigeführt, dass das Signal zur Abfahrt des Zuges gegeben wurde, bevor Mutti aus den Puffern herausgetreten war, und dass infolge dessen derselbe vom Zuge erfasst wurde. Allein damit ist noch nicht gesagt, dass die Beklagte ein grobes Verschulden trifft. Nicht jede Verletzung der Reglemente fällt schlechthin unter diesen Begriff, sondern die Frage, ob die reglementswidrige Handlung eines Angestellten eine von der Bahn zu vertretende grobe Fahrlässigkeit involviert, entscheidet sich als quaestio facti nach den Umständen des einzelnen Falles. Hier steht nun nach den Aussagen der Zeugen Zuber und Eray fest, dass Mutti im Moment, wo das Signal gegeben wurde, mit dem Oberkörper und, wie Zuber bemerkt, auch mit dem rechten Bein bereits aus den Wagen heraus war und dass er den linken Fuss nicht nachziehen konnte, weil er damit hängen blieb. Wäre dieses Hindernis nicht dazwischen getreten, so hätte Mutti hinreichend Zeit gehabt, auch mit dem linken Bein aus den Puffern herauszukommen, da das Signal und die Bewegung des Zuges nicht zusammentrafen.

(Zeitschr. d. Bern. Jur.-Vereins XXVIII S. 570 ff.)

---

64. *Lohnpfändung. Art. 93 des Bundesges. über Schuldbetreibung und Konkurs.*

**Zürich.** Entscheid des Obergerichts als kantonaler Aufsichtsbehörde, vom 11. Oktober 1892.

H., welcher Arbeiter in einer Maschinenfabrik in W. ist und seine Frau und 7 minderjährige Kinder zu ernähren hat, bezog einen Taglohn von Fr. 4. 80 Cts., also für zwei Wochen Fr. 57. 60 Cts. Demselben wurde für eine Forderung aus Wohnungsmiete und Milchlieferung „die Fr. 50.— des Lohnes für 14 Tage übersteigende Quote“ gepfändet und seine hiegegen erhobene Beschwerde abgewiesen.

In der Begründung sagt das Obergericht u. a.: Bei der Entscheidung über die Zulässigkeit einer Lohnpfändung kommt

nicht allein die Höhe der dem Schuldner verbleibenden Quote, sondern auch die Natur der Forderung, zu deren Befriedigung die Pfändung führen soll, in Betracht. Zwar hat der Entwurf des Bundesrats, der bei Betreibung für Alimente und wegen Lieferung unbedingt notwendiger Gegenstände das Einkommen schon für den monatlich Fr. 50 (bei Betreibungen für andere Forderungen erst für den Lohn über Fr. 150) übersteigenden Betrag als pfändbar erklären wollte, die Zustimmung der Räte nicht erlangt, aber nicht deshalb, weil man von der Richtigkeit des Gedankens, dass es auch auf die Natur der Forderung ankomme, nicht überzeugt gewesen wäre, sondern weil man nicht durch Detailvorschriften die Würdigung der besonderen Verhältnisse des einzelnen Falles erschweren wollte.

Eine Minderheit des Gerichts äusserte sich dagegen hierüber folgendermassen:

Die Auffassung, dass für die Bestimmung des pfändbaren Betrages eines Lohnguthabens die Natur der Forderung sehr ins Gewicht falle, ist nicht haltbar. Die Absicht des Bundesrates, für Forderungen aus der Lieferung notwendiger Gegenstände, Lebensmittel und dgl. den Lohn stärker in Anspruch zu nehmen, passte ganz wohl zum Pfändungssystem des bundesrätlichen Entwurfs, welcher noch an dem Grundsatz festhielt, dass jeder Gläubiger ein dingliches Recht an den gepfändeten Objekten (gerichtliches Pfandrecht) erwerben sollte. Bei dem erst in der Bundesversammlung in das Gesetz hineingetragenen System der Gruppenpfändung dagegen ist eine solche Unterscheidung unmöglich. Wenn mehrere Gläubiger an einer Pfändung teilnehmen, so kann natürlich nicht zu Gunsten eines Lebensmittel-Lieferanten eine andere Quote des Lohnes gepfändet sein, als zu Gunsten eines andern Gläubigers.

(Vgl. Schweizer Blätter für handelsrechtl. Entscheidungen Bd. XII. S. 34/35.)

---

65. *Konkurseröffnung. „Betrügerische Handlungen" im Sinne von Art. 190 Ziffer 1. B-Ges. über Betr. und Konk.*

**Zürich.** Entscheid des Kassationsgerichtes vom 19. Dezember 1892.

H. Pf. wurde gemäss Art. 190 Ziff. 1 des B.-Ges. über Betreibung und Konkurs auf Antrag eines Gläubigers in Konkurs erklärt, weil gerichtlich festgestellt worden war, dass er sich in leichtsinnige Börsenspekulationen eingelassen und seinem Gläubiger, dem Wirt Sp., für eine Forderung von Fr. 11,000 zum Nachteil der übrigen Gläubiger seine

Liegenschaft verpfändet hatte zu einer Zeit, da seine Insolvenz ausser Zweifel stand. Hierin wurde eine „betrügerische Handlung zum Nachteil der Gläubiger“ (Art. 190) gefunden. Die Rekurskammer des Obergerichts wies die gegen die Konkurserkanntnis eingelegte Beschwerde ab, indem sie erklärte, für den Begriff „betrügerische Handlung“ sei hier das kantonale Strafgesetz nicht massgebend, denn das Bundesgesetz gelte für die ganze Schweiz. Dieses aber verstehe darunter eine Handlung in fraudem creditorum, auch wenn eine Täuschung im Sinne des Strafrechtes nicht vorliege. Solche Handlungen im Sinne des Art. 190 cit. seien aber alle die, die nach Art. 287 f. Gegenstand der Anfechtungsklage seien. Das Kassationsgericht, an das Pf. mit der Nichtigkeitsbeschwerde gelangte, bestätigte diesen Entscheid.

Motive: Art. 190 des B.-G., welcher als eine Voraussetzung der Konkurseröffnung „betrügerische Handlungen des Schuldners . . zum Nachteil der Gläubiger“ nennt, nimmt allerdings nicht auf kantonale Strafgesetze Bezug. Daraus kann aber zunächst nur gefolgert werden, dass unter dem Ausdruck „betrügerische Handlung“ das zu verstehen sei, was nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen und gemeinem Sprachgebrauche darunter verstanden wird, nämlich eine widerrechtliche Handlung, die mit absichtlicher Täuschung verbunden ist.

Unter den Begriff der „fraus“ eines zahlungsunfähigen Schuldners fällt nun aber nicht blos eine mit einer bestimmten Täuschung verbundene Handlung, sondern jede Handlung, die der Schuldner mit dem Bewusstsein ihrer Widerrechtlichkeit in der Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen, und nun ist Beschwerdesteller nicht des Pfändungsbetruges, sondern der Begünstigung von Gläubigern schuldig erklärt worden, nämlich des Vergehens, dass er im Bewusstsein seiner Zahlungsunfähigkeit und in Voraussicht erfolgloser Pfändung einen einzelnen Gläubiger zum Nachteil der übrigen durch Pfandbestellung begünstigt habe. — Nun liegt aber darin, dass der Vorderrichter angenommen hat, unter dem Ausdrucke „betrügerische Handlung zum Nachteil der Gläubiger“ sei auch die mit dem Bewusstsein ihrer Widerrechtlichkeit verbundene Begünstigung eines einzelnen Gläubigers zum Nachteil anderer Gläubiger zu verstehen, kein offenbarer Widerspruch mit einer klaren Gesetzesbestimmung. Vielmehr verweist der Vorderrichter mit Recht auf den im französischen Text des Gesetzes gebrauchten Ausdruck „acte commis en

fraude des droits de ses créanciers,“ und in der That liegt auch darin, dass ein seine Zahlungsunfähigkeit kennender Schuldner einen Gläubiger absichtlich zum Nachteil anderer Gläubiger begünstigt, zwar nicht eine Handlung, womit eine bestimmte Person getäuscht wird, wohl aber eine Handlung, die ein redlicher, aber nicht mehr zahlungsfähiger Schuldner nicht vornehmen darf, weil er durch deren Vornahme zu einer Zeit, da er das ihm von den mit ihm Verkehrenden geschenkte Vertrauen (Kredit) nicht mehr verdient, eine Handlung begeht, die sich nur ein Kreditwürdiger erlauben darf, und somit durch sein Benehmen als Kreditwürdiger das Vertrauen der mit ihm Verkehrenden täuscht.

(Schweizer Blätter f. handelsr. Entsch. XII (1893) Nr. 1.)

## A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

66. *Art. 29 und 30 B.-Ges. betr. die Organisation der Bundesrechtspflege. Verbindlichkeit der bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheide für die kantonalen Gerichte.*

Wenn der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern zunächst zu bezweifeln scheint, dass er verpflichtet gewesen sei, in Nachachtung der bundesgerichtlichen Rückweisungs-Entscheidung die Sache auf Grundlage dieser Entscheidung neu zu beurteilen, so ist dies gewiss unbegründet. Da das Bundesgericht durch Verfassung und Gesetz als oberste Instanz eingesetzt ist, so sind seine Entscheidungen für die kantonalen Gerichte verbindlich. Die Rückweisung einer Sache zu erneuter Beurteilung auf Grund der bundesgerichtlichen Entscheidung einzelner Rechtsfragen enthält keineswegs die Zumutung an das kantonale Gericht, seine Rechtsüberzeugung in Betreff dieser Rechtsfragen aufzugeben und diejenige des Bundesgerichtes anzunehmen. Die betreffenden Rechtsfragen sind vom Bundesgerichte endgiltig entschieden; das kantonale Gericht hat sich mit denselben nicht weiter zu beschäftigen, sondern einzig zu prüfen, wie, vom Standpunkte der bundesgerichtlichen Lösung dieser Fragen aus, der Rechtsstreit nach s e i n e r Überzeugung zu entscheiden sei. Die Sache liegt nicht anders, als wenn in einem Rechtsstreite ein in einem frühern Prozesse zwischen den Parteien ergangenes rechtskräftiges Urteil der Entscheidung zu Grunde gelegt werden muss. (Entsch. v. 29. Oktbr. 1892 i. S. Fankhauser c. Gerbehof.)

---

67. *Art. 50 und 55 O. R. Mitteilung ungünstiger Informationen seitens eines Kaufmanns an seinen Agenten; ist dieselbe rechtswidrig?*

Handelsleute sind befugt, Informationen über Häuser einzuziehen, welche mit ihnen in Geschäftsverbindung treten

wollen, und dieselben, auch wenn sie ungünstig lauten, ihrem Agenten mitzuteilen; ebenso ist es ihr Recht, auf Grund solcher Informationen den Geschäftsverkehr mit solchen Häusern zu verweigern und ihren Agenten in diesem Sinne zu instruieren. Dieses Verfahren ist kein rechtswidriges, sondern durch die Regeln geschäftlicher Vorsicht geboten. Hat der Agent die ihm von seinem Hause gewordenen Nachrichten unbefugterweise Dritten mitgeteilt, so ist er dafür persönlich verantwortlich. (Entsch. v. 29. April 1893 i. S. Sandbank c. Tobler.)

---

68. *Art. 65 O. R. Verletzung durch die Räder von Pferden gezogener Wagen; Stehenlassen von Pferden auf belebten Strassen und Plätzen ohne Aufsicht, Verantwortlichkeit des Fuhrhalters.*

Der Schaden ist durch die Tiere gestiftet, gleichviel ob die Verletzungen unmittelbar durch die Hufe der Pferde oder durch die Räder des von ihnen gezogenen Wagens zugefügt wurden.

Die Sicherung Dritter erfordert, dass bespannte Fuhrwerke, zumal schwere Lastfuhrwerke, an belebten, verkehrsreichen Strassen und Plätzen bewacht und nicht die Pferde auf längere oder kürzere Zeit sich selbst überlassen werden. Die Pferde sind bekanntlich allgemein, auch insoweit sie nicht gerade zur Klasse der Durchgänger gehören, schreckhafte Tiere. Die Möglichkeit liegt daher stets vor, dass irgend ein Ereignis des Strassenverkehrs auch sonst fromme Tiere zum Durchgehen bestimme und tritt dies einmal ein, so ist die Gefahr einer Verletzung von Personen in den belebten Strassen volkreicher Städte eine imminente, zumal wenn die Pferde grossen und schweren Lastfuhrwerken vorgespannt sind. Wenn daher ein Fuhrhalter sein Gewerbe in der Weise betreibt, dass, mangels genügenden Personals, seine Pferde auf belebten Strassen und Plätzen ohne Aufsicht stehen gelassen werden müssen, so lässt er es an der erforderlichen, vom Gesetze allgemein verlangten Sorgfalt in der Beaufsichtigung fehlen. Er kann sich nicht damit entschuldigen, dass seine Tiere im allgemeinen gelassenen Temperaments seien; denn erfahrungsgemäss ist eben die Gemütsruhe auch frommer Pferde durchaus keine unerschütterliche. Vertraut der Pferdehalter nichtsdestoweniger auf die unerschütterliche Ruhe seiner Tiere, so thut er dies auf seine Gefahr. (Entsch. v. 15. April 1893 i. S. Hubschmid c. Niedergelt und Stehli.)

---

69. *Art. 70 ff. O. R. Begriff der Bereicherung.*

Das Vorhandensein einer Bereicherung kann nicht einfach deshalb verneint werden, weil die angeblich geleisteten Kaufpreiszahlungen sich im Nachlasse der angeblichen Empfängerin nicht mehr vorgefunden haben. Dieser Umstand schliesst das Vorhandensein einer Bereicherung nicht aus. Möchten immerhin die empfangenen Kaufgelder von der Frau U. wieder verausgabt worden sein, so wäre eine Bereicherung doch vorhanden, wenn dieselben zu Bestreitung notwendiger Ausgaben, zur Bezahlung von Schulden u. drgl., wären verwendet worden und daher das Vermögen der Frau U. zur Zeit ihres Todes, infolge des Empfanges der Kaufgelder höher gewesen wäre als ohne diesen Umstand. (Entsch. v. 17. März 1893 i. S. Laad c. Erben Ulrich.)

---

70. *Art. 128 O. R. Lebensversicherung zu Gunsten eines benannten Dritten. Recht des letztern beim Tode des Versicherungsnehmers.*

In der Versicherungspolice ist die Beklagte ausdrücklich und namentlich als Begünstigte bezeichnet; die Versicherungsgesellschaft hat sich verpflichtet, die Versicherungssumme nach dem Tode des Versicherten an die Beklagte zu bezahlen. Der Versicherungsvertrag ist danach zu Gunsten der letztern abgeschlossen worden; er qualifiziert sich als Vertrag zu Gunsten Dritter im Sinne des Art. 128 O. R. Aus diesem zu ihren Gunsten abgeschlossenen Versicherungsvertrag hat die Begünstigte, da nach dem Typus des Geschäfts und nach den konkreten Umständen der Wille der Parteien offenbar hierauf gerichtet war, jedenfalls mit dem Tode des Versicherten ein eigenes, selbständiges Recht erworben; die Versicherungssumme gehört daher nicht zum Nachlasse des Versicherten und fällt also nicht in den über diesen Nachlass eröffneten Konkurs, sondern sie gebührt jure proprio der Begünstigten. Der Begünstigte ist jedenfalls dann, wenn er im Versicherungsvertrage bestimmt bezeichnet ist, zum Bezuge der Versicherungssumme nicht als Erbe des Versicherten berechtigt, sondern sein Anspruch auf die Versicherungssumme, wenn er auch erst mit dem Tode des Versicherten zu einem präsenten und unwiderruflichen wird, stützt sich doch unmittelbar auf den zu seinen Gunsten abgeschlossenen Versicherungsvertrag; dieser hat für den Begünstigten auf den Tod des Versicherten hin eigene Rechte gegenüber dem Versicherer begründet. Dieser Grundsatz ist in Theorie und Praxis wohl

weitaus überwiegend anerkannt (s. u. a. König, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins Bd. 11 S. 297 und ff., Rivière, Pandectes françaises Bd. 10 Assurances sur la vie Nr. 466 und ff.). (Entsch. v. 10. Febr. 1893 i. S. Soller c. Kolb.)

---

71. *Art. 206 O. R. Begriff der „gestohlenen“ oder „verlorenen Sachen“ im Sinne dieser Gesetzesbestimmung. Unverbindlichkeit der Qualifikation der That durch den Strafrichter für den Civilrichter. Gemeinsamer Gewahrsam des Bestohlenen mit dem Entwender.*

Der Civilrichter ist an die Qualifikation der That, wie sie vom Strafrichter gegeben worden ist, nicht gebunden. Art. 206 O. R. stellt eine für die ganze Schweiz gleichmässig geltende Norm eidgenössischen Rechts auf. Die Begriffe „gestohlen“ oder „verloren“ in Art. 206 cit. dürfen daher nicht in dem verschiedenen Sinne aufgefasst werden, welchen die Kantonalgesetze, speziell die kantonalen Strafgesetzbücher, ihnen beilegen, es kommt ihnen vielmehr, nach dem klar erkenntlichen Willen des eidg. Gesetzgebers, ein für die ganze Schweiz übereinstimmender Sinn zu, welcher durch Wissenschaft und Praxis, ohne Rücksicht auf die Verschiedenheit der Begriffsbestimmungen der kantonalen Strafgesetze, einheitlich festzustellen ist. Daraus also, dass eine Handlung nach einem kantonalen Strafgesetze sich als Diebstahl qualifiziert und auch vom Strafrichter als solcher qualifiziert worden ist, folgt nicht ohne weiters, dass die durch dieselbe entfremdete Sache als eine gestohlene im Sinne des Art. 206 O. R. zu betrachten sei. Umgekehrt ist die Anwendung des Art. 206 O. R. nicht deshalb ausgeschlossen, weil die That, durch welche die Sache dem Eigentümer wider seinen Willen entzogen wurde, strafrechtlich nicht als Diebstahl, sondern etwa als Raub zu behandeln war und behandelt worden ist (s. Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 9 S. 12 u. f.). Daraus folgt mit Notwendigkeit, dass der Civilrichter frei zu prüfen hat, ob die Voraussetzungen des Art. 206 O. R. gegeben seien. Als „gestohlen“ oder „verloren“ im Sinne des Art. 206 O. R. sind diejenigen Sachen zu betrachten, deren Gewahrsam der Berechtigte wider oder ohne seinen Willen, unfreiwillig, verloren hat. Es ist zwar (Rossel, Manuel du droit fédéral des obligations S. 269) die Ansicht ausgesprochen worden, als „gestohlen“ im Sinne des Art. 206 seien überhaupt alle Sachen zu betrachten, welche durch dolose Aneignung dem Eigentümer entzogen wurden,

so dass darunter auch durch Betrug erlangte oder unterschlagene Sachen fallen. Allein diese Meinung ist nicht haltbar, sie steht im Widerspruch mit dem Grundgedanken des Gesetzes. Dieses schliesst sich in Bezug auf die Zulässigkeit der Vindikation beweglicher Sachen wesentlich dem Art. 306 des deutschen Handelsgesetzbuches und dem französischen Rechte an; wie diese Gesetze, insbesondere das deutsche Handelsgesetzbuch, beruht das O. R. auf der deutschrechtlichen Unterscheidung zwischen anvertrautem und verlorenem Gute. Bei anvertrautem Gute ist die Vindikation gegen den gutgläubigen Erwerber ausgeschlossen, hier bewirkt der gutgläubige Besitzerwerb zugleich Rechtserwerb, auch wenn der Übertragende nicht Eigentümer war. Der Eigentümer muss, wenn sein Vertrauensmann die Sache rechtswidrig einem redlichen Erwerber veräussert oder verpfändet hat, seinen Glauben da suchen, wo er ihn gelassen hat; d. h. er muss sich an seinen Vertrauensmann halten, während ihm ein Recht gegenüber dem Erwerber nicht zusteht. Bei unfreiwilligem Verluste des Gewahrsams dagegen steht dem Berechtigten gegen jeden Inhaber die Vindikation zu. Wenn das Gesetz von „gestohlenen" oder „verlorenen" Sachen spricht, so hat es damit, seiner historischen Wurzel entsprechend, überhaupt die Fälle unfreiwilligen Verlustes des Gewahrsams im Auge, aber auch nur diese. Die Worte „gestohlen" oder „verloren" sind allerdings nicht nur auf Diebstahl und Verlieren im engern Sinne zu beziehen, sondern bezeichnen überhaupt sämtliche Fälle unfreiwilligen Verlustes des Gewahrsams, dagegen dürfen sie nicht weiter ausgedehnt, insbesondere nicht auf Fälle des Betruges, der Unterschlagung u. dgl. erstreckt werden. Durch eine derartige Ausdehnung würde man in Widerspruch mit dem Gedanken des Gesetzes treten, wonach, wenn der Gewahrsam einer Sache einem Dritten anvertraut wurde, der Eigentümer und nicht der redliche Erwerber die Folgen eines Missbrauchs des vom erstern geschenkten Vertrauens zu tragen hat.

In casu hatte der Angestellte R. in seiner dienstlichen Stellung Zutritt zu der Wertschriftenkasse und damit die thatsächliche Möglichkeit, sich Titel aus derselben anzueignen. Allein der Gewahrsam an derselben und den darin befindlichen Titeln war ihm damit nicht, jedenfalls nicht ausschliesslich, anvertraut, sondern die Kasse mit den darin enthaltenen Wertschriften befand sich fortwährend im eigenen Gewahrsam des Prinzipals. Die Kasse und damit die Titel befanden sich im Bureau und Wohnhause des Prinzipals, welcher einen

Kassaschlüssel besass. Sie standen somit zu seiner jederzeitigen freien Verfügung, waren seiner Verfügungsgewalt unterworfen. Der Prinzipal konnte in jedem Augenblicke die Einwirkung des Angestellten (durch Veränderung des Kassaschlosses etc.) thatsächlich ausschliessen. Der Prinzipal hatte sich also seines Gewahrsams nicht entäussert, so wenig als die Dienstherrschaft sich des Gewahrsams an den in ihrer Wohnung befindlichen Sachen dadurch entäussert, dass sie dem Dienstboten einen Schlüssel zu den Wohnzimmern, den darin enthaltenen Schränken u. s. w., zum Zwecke Ermöglichung leichterer Besorgung seines Dienstes, überlässt. Auch wenn richtig wäre, dass R. die Verwaltung der Titelkasse zu besorgen gehabt habe und dass er den Schlüssel nicht nur zur Kasse, sondern auch zum Hause und zum Bureau des Klägers besessen habe, so würde daraus doch nicht folgen, dass ihm der Gewahrsam an Kasse und Titeln vom Prinzipale überlassen worden sei, dass der Prinzipal unter Aufgabe seines eigenen Gewahrsams die Verwahrung von Kasse und Titeln dem Angestellten anvertraut habe. Dies ist vielmehr durch die Thatsache der ununterbrochenen, fortdauernden eigenen Verfügungsgewalt des Prinzipals ausgeschlossen. Höchstens könnte alsdann gesagt werden, dass neben dem Prinzipale auch dem Angestellten Gewahrsam zugestanden habe. Allein auch in diesem Falle konnten die Titel nur durch Bruch des fortdauernden Gewahrsams des Prinzipals letzterm entfremdet werden, wurden also diesem Gewahrsam gegen den Willen des Prinzipals entzogen, und wären daher als gestohlen zu behandeln. (Entsch. vom 25. März 1893 i. S. Bachofen c. Volksbank.)

---

72. *Art. 210 und 224 O. R. Faustpfandbestellung durch Übergabe der Sache an einen Dritten; kann der Faustpfandgläubiger davon für andere Forderungen ein Retentionsrecht beanspruchen?*[1])

Nach Art. 210 O. R. kann allerdings ein Pfandrecht an beweglichen Sachen nur als Faustpfand bestellt werden, indem dem Verpfänder die thatsächliche Verfügungsgewalt über die Sache entzogen und letztere dem Pfandgläubiger oder einem Stellvertreter desselben übergeben wird. Das Faustpfand kann aber immerhin auch in der Weise errichtet werden, dass die Sache einem Dritten übergeben wird,

---

[1]) Dieser Entscheid betrifft den oben, unter Nr. 52 abgedruckten Fall.

welcher den Gewahrsam sowohl im Namen des Verpfänders als des Pfandgläubigers ausübt (S. Dernburg, Preuss. Privatrecht Bd. I S. 354). In diesem Falle ist die thatsächliche Verfügungsgewalt dem Schuldner entzogen, aber nicht auf den Pfandgläubiger im Sinne des Art. 224 O. R.[1]) übertragen, so dass der letzere kein Retentionsrecht für andere Forderungen an derselben geltend machen kann. (Entsch. vom 3. Febr. 1893 i. S. Waadtl. Kantonalbank c. Erben Cuénod.)

---

73. *Art. 346 O. R. Vorzeitige Auflösung eines Dienstvertrages durch den Dienstherrn aus wichtigen Gründen; Beweispflicht des Dienstherrn.*

Ist der Dienstvertrag vom Dienstherrn durch vorzeitige Entlassung des Angestellten vor Ablauf der Dienstzeit aufgelöst worden, so liegt ihm der Nachweis ob, dass er hiezu berechtigt war; er muss durch Darlegung schlüssiger Thatsachen darthun, dass wichtige Gründe im Sinn des Art. 346 Abs. 1 O. R. ihn zu vorzeitiger Lösung des Vertrages berechtigten (s. Entsch. d. B.-Ger. Amtl. Slg. Bd. 15 S. 313 u. ff. Erw. 3).[2]) Die Frage, ob „wichtige Gründe“ vorhanden waren, welche zu vorzeitiger Aufhebung des Dienstverhältnisses berechtigten, ist nicht eine blosse Thatfrage, sondern, insoweit als es sich darum handelt, ob die festgestellten reinen Thatsachen derart seien, die einseitige Aufhebung des Vertrages zu rechtfertigen, eine Rechtsfrage, welche der Nachprüfung des Bundesgerichtes untersteht (s. Entsch. des B.-Ger. Amtl. Slg. Bd. 15 S. 314). Freilich enthält das Gesetz keine, weder eine erschöpfende, noch auch nur eine exemplifikative, Aufzählung der Auflösungsgründe und giebt auch keine Begriffsbestimmung des „wichtigen Grundes“, sondern stellt die Beurteilung der Wichtigkeit der Gründe völlig dem Ermessen des Richters anheim. Allein nichtsdestoweniger handelt es sich hiebei nicht um eine rein thatsächliche, sondern um eine rechtliche Würdigung. Die festgestellten Thatsachen müssen nach rechtlichem Massstabe gemessen, es muss gefragt werden, ob dieselben wirklich von der Bedeutung seien, dass deshalb nach Sinn und Geist des Gesetzes der Vertrag vorzeitig aufgelöst werden dürfe. Als leitendes Prinzip ist dabei ähnlich wie beim Gesellschaftsvertrage[3]) festzuhalten,

---

[1]) S. Revue III Nr. 71.

[2]) Revue VII Nr. 89, VIII Nr. 56. [3]) Revue IX Nr. 6.

dass eine vorzeitige Auflösung des Dienstvertrages dann und nur dann berechtigt ist, wenn die wesentlichen Voraussetzungen persönlicher oder sachlicher Art, unter welchen der Vertrag abgeschlossen wurde, sich als hinfällig erweisen. (Entsch. v. 14. April 1893 i. S. Meyer c. Weniger & Cie.)

---

74. *Art. 879 O. R. Editionspflicht, Umfang derselben.*

Obige Gesetzesbestimmung verpflichtet zur Edition der Geschäftsbücher, Geschäftsbriefe und Telegramme nur insoweit, als dieselben sich auf zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnisse beziehen. (Entsch. v. 25. Febr. 1893 i. S. Martin und Messmer c. Paris-Lyon-Méditerranée.)

---

75. *Markenschutz. Internationale Konvention vom 20. März 1883, Art. 6. Schutz der Warenzeichen nach dem Nationalitätsrechte; englische und nordamerikanische Warenzeichen, Voraussetzungen ihres Schutzes nach dem heimatlichen Rechte.*

Warenzeichen, welche den Erfordernissen der heimatlichen Gesetzgebung entsprechen und im Heimatsstaate geschützt sind, müssen in jedem andern Unionsstaate zur Hinterlegung zugelassen und in demselben geschützt werden.

Als Warenzeichen (marque de commerce) wird in England jeder Name, jedes Wort- oder andere Zeichen verstanden, welche von englischen Unterthanen oder in den Staaten ihrer brit. Majestät etablierten Fremden zur Bezeichnung von Produkten oder Waren verwendet werden, um deren Herkunft von einer bestimmten Person zu bezeichnen.

Seit 1. Juli 1876 sind nur solche Inhaber von Warenzeichen zur Markenrechtsklage legitimiert, welche ihr Warenzeichen gemäss dem engl. Gesetze vom 15. August 1875 haben eintragen lassen.[1])

In den Ver. Staaten von Nordamerika müssen, gemäss dem Gesetze vom 3. März 1881, die Warenzeichen beim „Patent Office" hinterlegt werden.[2]) (Entsch. v. 28. April 1893 i. S. Americ. Waltham Watch Comp. c. Woog und Grumbach.)

---

[1]) Pataille, Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire, X, 1864 S. 53 ff., XX, 1875 S. 385 ff.

[2]) Pataille, XXVI, 1881 S. 257 ff.

76. *Markenschutz. Art. 27 Ziff. 3 und Art. 21 B.-Ges. vom 26. Septbr. 1890. 1. Legitimation zur Klage wegen unerlaubter Angaben hinsichtlich gewerblicher Auszeichnungen. 2. Darf der gewesene Anteilhaber einer erloschenen Kollektivgesellschaft sich der der letztern erteilten Diplome u. s. w. bedienen? 3. Legitimation zur Klage wegen unbefugten Gebrauchs einer Marke. 4. Gebrauch der Marke der erloschenen Kollektivgesellschaft durch einen Anteilhaber.*

1. Nach Art. 27 Ziff. 3 des Bundesgesetzes vom 26. September 1890 steht die Civil- und Strafklage wegen unerlaubter Angaben hinsichtlich gewerblicher Auszeichnungen jedem Fabrikanten, Produzenten oder Handeltreibenden zu, welcher Erzeugnisse herstellt oder in den Handel bringt, die gleicher Art sind wie diejenigen, die fälschlich mit einer unerlaubten Angabe versehen wurden. 2. Ein gewesener Kollektivgesellschafter ist nicht berechtigt, sich der gewerblichen Auszeichnungen, welche der erloschenen Kollektivgesellschaft verliehen worden sind, zu bedienen, Art. 21 des Bundesgesetzes vom 26. September 1890.[1]) 3. Das Klagerecht wegen unbefugten Gebrauchs einer Marke steht nicht Jedermann, sondern nur demjenigen zu, dessen Privatrechte dadurch verletzt werden. Art. 27 des Bundesgesetzes vom 26. September 1890 räumt die Markenrechtsklage (im Gegensatze zu der Klage wegen unerlaubter Angaben über gewerbliche Auszeichnungen) nur dem getäuschten Käufer und dem Inhaber der Marke ein. Es kann also ein Handels- oder Gewerbetreibender, welcher nicht Inhaber der streitigen Marke ist, nicht deshalb gegen einen Konkurrenten klagen, weil dieser die Marke eines Dritten rechtswidrig benutze. 4. Anzuerkennen ist allerdings, dass ein Teilhaber einer aufgelösten Gesellschaft oder dessen Erben berechtigt sind, sich dem unbefugten Gebrauche der erloschenen Warenzeichen der aufgelösten Gesellschaft durch andere ehemalige Teilhaber zu widersetzen. Ein solcher Gebrauch verletzt das Recht, welches alle einzelnen Gesellschafter darauf besitzen, dass nicht die Warenzeichen der aufgelösten Gesellschaft, an welchen sie mitberechtigt waren, in rechtswidriger Weise zum ausschliesslichen Vorteile eines Gesellschafters ausgenützt werden und dieser sich dadurch den Anschein gebe, als führe er das Gesellschaftsgeschäft fort. (Entsch. v. 18. Febr. 1893 i. S. Schindler c. Felchlin.)

---

[1]) Ob das Recht auf Führung gewerblicher Auszeichnungen übertragen werden könne, war nicht zu entscheiden, da eine solche Übertragung nicht stattgefunden hatte.

77. *Markenschutzgesetze vom 19. Dezember 1879 und 26. September 1890. 1. Schützen dieselben nur die Warenzeichen oder auch Äusserungen in Prospekten, Reklamen u. dgl.? 2. Begriff der Herkunftsbezeichnungen, Art. 18 ff. B.-Ges. vom 26. Septbr. 1890.*

1. Das Bundesgesetz vom 19. Dezember 1879 schützt nur das Warenzeichen, d. h. das auf der Ware selbst oder deren Verpackung angebrachte Herkunftszeichen; es gewährt seinen Schutz nur gegen rechtswidrige Anfertigung oder Benutzung von solchen, zum Anbringen auf der Ware selbst oder ihrer Verpackung bestimmten oder verwendeten, Warenzeichen. Manipulationen anderer Art, welche zu einer Täuschung über den Ursprung der feilgebotenen Ware führen können, wie Äusserungen in Prospekten und Reklamen, Angaben auf Ladenschildern, Fabrikgebäuden u. s. w., enthalten, auch wenn sie rechtswidrig sind, doch keine Markenrechtsverletzung; sie involvieren keine Verletzung des Rechts des Markeninhabers auf den ausschliesslichen Gebrauch seiner Marke als solcher, d. h. als auf der Ware selbst oder deren Verpackung angebrachten Herkunftszeichens. Hieran hat auch das neue Markenschutzgesetz vom 26. September 1890 nichts geändert. Wie das frühere schützt auch das neue Gesetz als Fabrik- und Handelsmarken nur die Geschäftsfirmen und die auf der Ware selbst oder deren Verpackung angebrachten Herkunftszeichen (Art. 1 des Gesetzes vom 26. September 1890). 2. Art. 18 und ff. leg. cit. beziehen sich auf die örtlichen Herkunftsbezeichnungen, auf Bezeichnungen, welche die Herkunft eines Erzeugnisses aus einer bestimmten Stadt, Ortschaft, Gegend u. dgl., welche einem Erzeugnisse seinen Ruf geben, betreffen. (Entsch. v. 18. März 1873 i. S. Wille c. Bachschmid.)

---

78. *Art. 11 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes und Art. 30 B.-Ges. betr. Organisation der Bundesrechtspflege; Kompetenz des Bundesgerichtes als Oberinstanz in solchen Streitigkeiten; wann ist ein Leistenbruch als Unfall zu betrachten?*

Art. 153 der eidg. C. P. O. findet in Sachen, welche vom Bundesgerichte als Oberinstanz zu beurteilen sind, überhaupt keine Anwendung. Hier gilt vielmehr der Grundsatz des Art. 30 Abs. 4 des O. G., wonach die thatsächlichen Feststellungen der kantonalen Gerichte für das Bundesgericht verbindlich sind und dieses nur dann eine Aktenvervollständigung

anordnen kann, wenn das kantonale Gericht anerbotene erhebliche Beweise wegen vermeintlicher Unerheblichkeit des Beweisthemas abgelehnt hat. Dieser Grundsatz gilt auch in Haftpflichtsachen; auch in Haftpflichtsachen ist das Bundesgericht als Oberinstanz grundsätzlich nicht Richter der That-, sondern nur der Rechtsfragen. Der vom Rekurrenten angerufene Art. 11 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes ändert hieran nichts; Art. 11 statuiert einfach das prozessuale Prinzip der freien Beweiswürdigung; darüber, inwiefern das Bundesgericht berufen ist, Thatfragen selbständig zu beurteilen, bestimmt er nichts. Diese Frage ist für alle Fälle der oberinstanzlichen Kompetenz des Bundesgerichtes einheitlich durch Art. 30 O.G. geregelt. Dieses Gesetz bestimmt die Natur des Rechtsmittels der Weiterziehung an das Bundesgericht und die dadurch gegebene Stellung des letztern als Oberinstanz.

Es ist daran festzuhalten, dass das Austreten eines Leistenbruchs dann als Unfall betrachtet werden muss, wenn es auf ein einzelnes, zeitlich bestimmbares Ereignis zurückzuführen ist, wenn es infolge äusserer gewaltsamer Einwirkung, bei einer ungewöhnlichen Anstrengung u. s. w., plötzlich erfolgt (s. Entsch. d. B.-Ger. i. S. Lehmann c. Gotthardbahn vom 16. Januar 1892[1]). Hat dagegen der Leistenbruch allmählig, unter der Einwirkung der durch die normale Berufsthätigkeit des Klägers geforderten fortwährenden Anstrengungen, sich entwickelt, so liegt ein Unfall nicht vor, sondern vielmehr eine Krankheit, deren Entwickelung durch die Berufsthätigkeit des Klägers befördert wurde. Auf Krankheiten aber, auch wenn diese ganz oder teilweise durch die dienstliche Thätigkeit im Eisenbahnbetriebe bedingt sind, erstreckt sich die Haftpflicht der Eisenbahnen nach dem klaren Wortlaute des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes nicht. (Entsch. vom 24. Febr. 1893 i. S. Kofmehl c. Gotthardbahn.)

---

79. *Eisenbahnhaftpflichtgesetz. Unfall auf einem von mehreren Bahnunternehmungen gemeinsam benutzten Bahnhofe; verantwortliche Unternehmung.*

Wie das Bundesgericht bereits in seiner Entscheidung in Sachen Kübler c. V. S. B. vom 14. September 1883 (A. Slg. Bd. IX S. 281 u. f.) ausgesprochen hat, ist für Unglücksfälle, welche sich beim Eisenbahnbetriebe auf einem von mehreren Bahnunternehmungen gemeinsam benutzten Bahn-

[1]) Revue X Nr. 34.

hofe oder auf einer gemeinsam benutzten Bahnstrecke ereignen, diejenige Unternehmung verantwortlich, bei deren Betriebe der Unfall sich ereignete und welche also in Betreff des den Unfall verursachenden Betriebsvorganges als Betriebsunternehmer erscheint. Als Betriebsunternehmer ist derjenige zu betrachten, auf dessen Rechnung der Betrieb geführt wird.

Wenn die Beklagte angedeutet hat, sie sei deshalb von der Haftpflicht befreit, weil der Unfall durch Verschulden des Personals der S. C. B., also Dritter bei ihr nicht angestellter Personen, ohne ihr eigenes Mitverschulden, verursacht worden sei, so ist diess nicht richtig. Die S. T. B. bedient sich des Stationspersonals der S. C. B. für den Betrieb ihres Transportgeschäftes und ist daher für dasselbe gemäss Art. 3 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes verantwortlich. (Entsch. v. 3. März 1893 i. S. Wey c. Schweiz. Seethalbahn.)

---

80. *Fabrikhaftpflicht. Unfall in einem mit einem haftpflichtigen Gewerbe verbundenen landwirtschaftlichen Betriebe an einer Maschine, welche von ersterm aus bewegt wird.*

Der Kläger war im Dienste der Beklagten, welche neben ihrer, der Fabrikgesetzgebung unterstellten, Bierbrauerei noch eine ziemlich ausgedehnte Landwirtschaft betreibt, als Melker angestellt. Als er damit beschäftigt war, vermittelst einer von der Brauerei aus durch Dampf getriebene Futterschneidmaschine in der Scheune Futter zu schneiden, geriet er mit der rechten Hand in die Maschine und erlitt dabei eine Verletzung, welche die Amputation der Hand bei der Handwurzel notwendig machte. K. belangte die Beklagte, indem er sich auf das Fabrikhaftpflichtgesetz und das erweiterte Haftpflichtgesetz berief, auf Bezahlung einer Entschädigung wegen Verminderung seiner Erwerbsfähigkeit. Die Klage wurde abgewiesen, vom B.-G. aus folgenden Gründen:

Der Unfall fällt nicht unter die Haftpflichtgesetzgebung. Derselbe ereignete sich nicht in den Räumlichkeiten und durch den Betrieb der Fabrik (Bierbrauerei) der Beklagten, sondern in einer dem landwirtschaftlichen Betriebe dienenden Räumlichkeit und bei einer Dienstverrichtung, welche unmittelbar nicht der Ausübung des Brauereigewerbes, sondern eben dem Betriebe der Landwirtschaft diente. Die Voraussetzungen der Art. 1 und 2 des Fabrikhaftpflichtgesetzes vom 25. Juni 1887 sind daher nicht gegeben. Der landwirtschaftliche Betrieb der Beklagten nämlich kann nicht etwa als ein Bestandteil des Brauereigewerbes derselben aufgefasst werden.

Es mag zwar der landwirtschaftliche Betrieb insofern mit dem Brauereigewerbe in einer gewissen Verbindung stehen, als vielleicht Nebenprodukte des letztern in der Landwirtschaft Verwendung finden, oder landwirtschaftliche Erzeugnisse für den Betrieb des Brauereigewerbes benutzt werden; allein zum Betriebe des Brauereigewerbes gehört die daneben von der Beklagten betriebene Landwirtschaft deshalb doch nicht. Sie bildet vielmehr einen selbständigen Betrieb, welcher als solcher, als landwirtschaftlicher, der Haftpflichtgesetzgebung nicht untersteht. Daran wird auch dadurch nichts geändert, dass landwirtschaftliche Maschinen durch Dampf, der von der Fabrik hergeleitet wird, betrieben werden; dadurch werden die betreffenden, vermittelst dieser Maschinen vorgenommenen, landwirtschaftlichen Verrichtungen nicht zu einem Bestandteile des Fabrikbetriebes, des Brauereigewerbes. Fraglich hätte nur sein können, ob nicht die Verrichtung, bei welcher der Kläger verletzt wurde, sich als eine mit dem Fabrikbetriebe im Zusammenhange stehende Hülfsarbeit oder eine mittelbar mit dem Fabrikbetriebe im Zusammenhange stehende Dienstverrichtung im Sinne der Art. 3 und 4 des erweiterten Haftpflichtgesetzes qualifiziere. Hievon hätte dann vielleicht gesprochen werden können, wenn das Futter, welches der Kläger zu schneiden hatte, für Zugtiere bestimmt gewesen wäre, welche für Transportzwecke des Brauereibetriebes gehalten wurden. Allein eine sachbezügliche Behauptung ist gar nicht aufgestellt. (Entsch. v. 7. April 1893 i. S. Kohli c. Brauerei Feldschlösschen.)

---

81. *Fabrikhaftpflicht. Ersatzanspruch der alimentationsberechtigten hinterlassenen Eltern.*

Den alimentationsberechtigten Hinterlassenen ist Ersatz für das ihnen entzogene Recht auf Unterhaltungsgewährung auch dann zu leisten, wenn dieses Recht zur Zeit des Todes des Alimentationspflichtigen noch nicht praktisch wirksam geworden war.[1])

Für die Feststellung der Entschädigung kommt nichts darauf an, in welchem Masse der Getötete freiwillig an den Unterhalt des Klägers beigetragen habe oder mutmasslich in Zukunft beigetragen hätte, sondern vielmehr darauf, was zu leisten er rechtlich verpflichtet war und bei längerm Leben zu leisten verpflichtet gewesen wäre. (Entsch. v. 11. März 1893 i. S. Wiedmer c. Bühler.)

---

[1]) Revue IX Nr. 8.

82. *Art. 9 Abs. 3 des Fabrikhaftpflichtgesetzes; Inhalt dieser Gesetzesbestimmung.*

Art. 9 Abs. 3 cit. bestimmt, dass der Betriebsunternehmer auf die in Abs. 1 und 2 ibidem nachgelassene Abrechnung bezahlter Versicherungssummen auf die Haftpflichtentschädigung nur dann Anspruch habe, wenn die Versicherung, an welche er beitrage, alle Unfälle und Erkrankungen umfasse; er beschäftigt sich also, wie überhaupt der ganze Art. 9, lediglich mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen der Betriebsunternehmer in Fällen, in denen er nach dem Gesetze haftpflichtig ist, Versicherungssummen, welche dem Arbeiter anlässlich des Unfalls zufliessen, auf die Haftpflichtentschädigung einrechnen könne. Eine Ausdehnung der Haftpflicht des Betriebsunternehmers auf Unfälle, für welche diese nach Art. 1 u. ff. des Gesetzes nicht besteht, statuiert er, wie sein Wortlaut und Zusammenhang klar ergeben, durchaus nicht. (Entsch. v. 18. Februar 1893 i. S. Wittlin c. Stächelin.)

---

83. *B.-Ges. betr. Schuldbetreibung und Konkurs. Ist wegen unrichtiger Anwendung von dessen Bestimmungen der staatsrechtliche Rekurs an das Bundesgericht zulässig?*

Wegen unrichtiger Anwendung der Bestimmungen des eidg. Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes ist der staatsrechtliche Rekurs an das Bundesgericht nicht statthaft. Das Vollstreckungsverfahren in seinen verschiedenen Formen, wie es durch das Bundesgesetz normiert wird, ist ein civilprozessuales. Gerichtliche Entscheidungen, welche in diesem Verfahren getroffen werden, können daher wohl, sofern die Voraussetzungen dieser Gesetzesbestimmung vorliegen, gemäss Art. 29 O. G. an das Bundesgericht gezogen werden; dagegen ist gegen solche der staatsrechtliche Rekurs wegen blosser unrichtiger Gesetzesanwendung unzulässig. Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs bestimmt genau, in welchen Fällen wegen unrichtiger Anwendung des Gesetzes Beschwerde an eine eidgenössische Behörde statthaft ist und bezeichnet als solche durchgängig den Bundesrat und nicht das Bundesgericht. Daraus ist zu folgern, dass überall da, wo eine solche Beschwerde an eine eidgenössische Instanz nicht ausdrücklich vorbehalten wird, dieselbe ausgeschlossen ist und dass speziell dem Bundesgerichte in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen, soweit es sich lediglich um die Gesetzesanwendung und nicht etwa um Verfassungsverletzungen oder

Verletzung eines Staatsvertrages handelt, andere Befugnisse nicht vorbehalten werden wollten als diejenigen, welche aus seiner Stellung als Oberinstanz in Civilsachen sich ergeben. Der staatsrechtliche Rekurs ist stillschweigend ausgeschlossen.[1]) (Entsch. v. 21. Januar 1893 i. S. Meschenmoser.)

---

84. *Art. 250 B.-Ges. betr. Schuldbetreibung und Konkurs. Fortsetzung des Prozesses über eine anfänglich von der Konkursmasse bestrittene Konkursforderung durch einen einzelnen Gläubiger.*

Im Konkurse der E. bestritt die Konkursverwaltung die Forderung des P. Nachdem dieselbe aber von den kantonalen Gerichten gutgeheissen worden war, trat die Konkursverwaltung vom Prozesse zurück, wogegen Frau E. als Konkursgläubiger denselben fortsetzte. Über die Legitimation derselben sprach sich das B.-G. folgendermassen aus:

Zwar liegt nicht der Thatbestand des Art. 260 Sch. B. und K. G. vor;[2]) denn es handelt sich nicht um Geltendmachung eines Rechtsanspruchs der Konkursmasse, sondern vielmehr um die Bestreitung einer vom Kläger im Konkurse angemeldeten Forderung. Wohl aber ist die Rekurrentin nach den in Art. 250 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes niedergelegten Grundsätzen zur Fortsetzung des Rechtsstreites berechtigt. Denn, wie aus Art. 250 cit. sich ergibt, ist jeder einzelne Gläubiger berechtigt, die Zulassung eines andern Gläubigers zur Konkursmasse zu bestreiten. Nun war im vorliegenden Falle die Forderung des Klägers ursprünglich von der Konkursmasse selbst bestritten und daher der Kläger genötigt worden, dieselbe gegen die Masse rechtlich einzuklagen. Nachdem aber die Konkursmasse auf die Weiterziehung des die bestrittene Forderung anerkennenden kantonsgerichtlichen Urteils verzichtet hat, muss der Rekurrentin, wie jedem andern einzelnen Konkursgläubiger, gemäss Art. 250 cit. die Befugnis zugestanden werden, (auch ohne Cession resp. Ermächtigung seitens der Konkursmasse) die von der Masse aufgegebene Bestreitung der klägerischen Forderung aufzunehmen und zu diesem Zwecke den Prozess auf ihre eigene Rechnung mit der Wirkung des Art. 250 Abs. 3 Sch. B. und K. G. fortzusetzen. (Entsch. vom 24. März 1893 i. S. Eisenhut c. Pfister.)

---

[1]) S. oben Nr. 46.

[2]) Wie die Konkursverwaltung angenommen hatte.

85. *Art. 273 und Art. 271 Ziff. 2 B.-Ges. betr. Schuldbetreibung und Konkurs. Schadensersatzpflicht des Arrestklägers aus ungerechtfertigtem Arrest. Ist Übersiedlung in das Ausland mit Wegzug des Vermögens ein Arrestgrund?*

Nach Art. 273 Sch. B. und K. G. haftet der Gläubiger für den aus einem ungerechtfertigten Arrest entstandenen Schaden schlechthin, ohne Rücksicht darauf, ob ihm ein Verschulden zur Last fällt. Der Arrest wird auf Gefahr des Gläubigers bewilligt; stellt derselbe sich als ungerechtfertigt heraus, so haftet der Gläubiger unbedingt für den Schaden. Dagegen beschränkt sich denn auch die Haftpflicht des Gläubigers aus Art. 273 cit. auf den Schaden im eigentlichen Sinne, d. h. den Vermögensschaden; eine Ersatzpflicht für moralisches Leid folgt aus Art. 273 nicht. Eine solche kann dem Gläubiger nur dann auferlegt werden, wenn ihn nachweislich ein Verschulden trifft und daher mit der obligatio ex lege aus Art. 273 gleichzeitig eine Deliktsobligation gemäss Art. 50 u. ff. O. R. konkurriert.

Wenn auch der Kläger nicht beabsichtigte, sich durch Übersiedlung nach Frankreich der Erfüllung seiner Verbindlichkeit gegenüber dem Beklagten für immer zu entziehen, und wenn auch der Ort, wohin er zu übersiedeln gedachte, bekannt gewesen sein mag, so liegt der Arrestgrund des Art. 271 Ziffer 2 doch vor. Denn soviel steht fest, dass der Kläger beabsichtigte, sich der Erfüllung seiner Verbindlichkeit gegenüber dem Beklagten für einstweilen zu entziehen, dass er im Begriffe war, durch seine Übersiedelung ins Ausland und die Wegschaffung seiner Habe diese dem Zugriffe des Gläubigers fürs erste zu entrücken und dem letztern die Verfolgung seiner Rechte, wenn auch nicht für immer zu verunmöglichen, so doch wesentlich zu erschweren. Damit aber ist der Thatbestand des Art. 271 Ziffer 2 gegeben; der Kläger beabsichtigte in der That, zahlungsflüchtig zu werden. (Entsch. vom 21. Januar 1893 i. S. Barcis c. Rooschütz.)

---

86. *Anfechtungsklage, Art. 287 Ziff. 2 B. Ges. betr. Schuldbetreibung und Konkurs. Tilgung einer eventuellen Geldforderung an den Konkursiten aus Bürgschaft durch Hingabe an Zahlungsstatt.*

Im März 1892 hat C. seine Liegenschaft dem Beklagten F. verkauft. Zu Begleichung des Kaufpreises übernahm der Käufer die auf der Liegenschaft haftenden Hypothekarschulden, sowie eine weitere Schuld des Verkäufers an die

T.-Bank, für welche der Beklagte entweder als Bürge oder als Rückbürge haftete.

Im Konkurse des C. fochten die Kläger, als Gläubiger des C., jenen Kaufvertrag an, indem sie geltend machten, der Gemeinschuldner sei zur Zeit des Abschlusses dieses Vertrages überschuldet gewesen und der Vertrag involviere ein unerlaubtes Deckungsgeschäft, da der Beklagte dadurch für seine Bürgschaft bei der Toggenburgerbank habe gedeckt werden sollen. Dem die Klage gutheissenden Urteile des B.-G. entnehmen wir Folgendes:

Die Klage geht auf Aufhebung des angefochtenen Kaufvertrages und Rückgabe der Kaufgegenstände an die Konkursmasse (allerdings in erster Linie zu Befriedigung der klagenden Gläubiger), wie dies auch den gesetzlichen Vorschriften (Art. 260 u. 285 Sch. B. u. K. G.) zweifellos entspricht.

Der Streitwert bemisst sich demnach nicht nach dem Betrage der von den einzelnen klagenden Gläubigern angemeldeten Forderungen, sondern nach dem Werte der für die Konkursmasse geforderten Rückleistung.

Der angefochtene Kaufvertrag ist innerhalb der letzten sechs Monate vor der Konkurseröffnung abgeschlossen worden und es ist im fernern nicht zu bezweifeln, dass der Gemeinschuldner schon zur Zeit des Kaufsabschlusses überschuldet und dies dem Beklagten bekannt war.

Prozessualisch steht fest, dass Beklagter für die Schuld des C. an die T. als Bürge oder Rückbürge verpflichtet war; es stand also dem Beklagten aus diesem Bürgschaftsverhältnisse eine (eventuelle), durch seine Zahlung der verbürgten Forderung bedingte, Geldforderung an den Gemeinschuldner zu. Diese eventuelle Geldforderung nun ist dadurch getilgt worden, dass der Beklagte in dem angefochtenen Kaufvertrage die von ihm verbürgte Schuld auf Rechnung des Kaufpreises übernahm. Darin liegt der Sache nach eine Tilgung der eventuellen Bürgschaftsforderung des Beklagten durch Hingabe an Zahlungsstatt. Der Beklagte wurde für seine eventuelle Bürgschaftsforderung durch Hingabe der Kaufsobjekte und Verrechnung der Bürgschaftsforderung auf den Kaufpreis befriedigt. Es handelt sich also in That und Wahrheit um eine Hingabe an Zahlungsstatt, welche in die Gestalt eines Kaufvertrages mit Kompensation des Kaufpreises gekleidet wurde. Nach den thatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz erscheint denn auch als sicher, dass durch den Kaufvertrag der Beklagte eben diese Deckung

für seine Bürgschaftsforderung zu erlangen bezweckte. Das abgeschlossene Geschäft fällt somit allerdings unter Art. 287 Ziffer 2 des Sch. B. und K. G. (Enstsch. v. 3. Febr. 1893 i. S. Michel u. Kons. c. Funk.)

---

87. *Art. 334 B.-Ges. betr. Schuldbetreibung und Konkurs. Ist gegen richterliche Entscheidungen Beschwerde an die Aufsichtsbehörde zulässig?*

Gegen richterliche Entscheidungen giebt es ein Beschwerderecht an die kantonale Aufsichtsbehörde oder den Bundesrat nicht; Art. 334 bezieht sich nur auf Handlungen, welche in die Kompetenz der Betreibungs- und Konkursämter fallen, nicht auf Streitigkeiten, deren Beurteilung den Gerichten zugewiesen ist. (Entsch. v. 27. Januar 1893 i. S. Steiner.)

---

88. *Art. 46 lit. b B.-Ges. über Civilstand und Ehe. Begriff der tiefen Ehrenkränkungen, Verdächtigung der ehelichen Untreue aus Eifersucht.*

Unter den Begriff der tiefen Ehrenkränkungen fallen nur Ehrenkränkungen, welche von solcher Schwere sind, dass sie in ihrer Bedeutung für die Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses den übrigen in lit. b cit. genannten Scheidungsgründen der Nachstellung nach dem Leben und der schweren thätlichen Misshandlung gleichkommen. Eine schwere Ehrenkränkung liegt also nur in solchen Beleidigungen, welche, sei es vermöge des durch sie bekundeten Grades von Bosheit, Hass oder Verachtung auf Seite des Beleidigers, sei es wegen ihrer objektiven Ehrenrührigkeit, so schwerer Art sind, dass danach dem beleidigten Teile die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft mit dem Beleidiger ehrenhafter Weise nicht mehr zugemutet werden kann. Beleidigungen, welche lediglich der Eifersucht entsprungen sind, also einem Motiv, welches nicht Bosheit, Hass oder Verachtung bekundet, sondern eher darauf hindeutet, dass die Beklagte auf die Zuneigung und Treue des Ehemannes grossen Wert legt, könnten, wenn sie auch verletzend und kränkend für den andern Teil (in casu den Mann) sind, nur dann als schwere, unverzeihliche Antastungen seiner sittlichen Integrität gelten, wenn sie geflissentlich, um den Ehemann herunterzusetzen, im Publikum ausgestreut worden wären. Sind dagegen die Äusserungen, wenn sie auch gegenüber Dritten geschahen, doch im Bereiche der Häuslichkeit, im unmittelbaren Drange der Eifersucht, von

welcher die Beklagte gepeinigt war, erfolgt, so kann nicht gesagt werden, dass deshalb, weil die Beklagte diese Äusserungen gethan hat, dem Ehemann ein ferneres Zusammenleben mit ihr ehrenhafter Weise nicht mehr zugemutet werden könne. (Entsch. v. 22. April 1893 i. S. Ehlte. Schmied.)

---

89. *Art. 86 Abs. 3 des eidg. Münzgesetzes. Verbietet derselbe das sog. Trucksystem?*

Art. 8 Abs. 3 des eidg. Münzgesetzes schreibt nicht vor, dass in Lohndienstverträgen ein anderer Entgelt als ein solcher in barem Gelde und in gesetzlichen Münzsorten nicht bedungen werden dürfe, und enthält noch weniger die allgemeine Vorschrift, dass Zahlungen überhaupt nur in (einheimischer oder ausländischer) Währung dürfen geleistet werden. Art. 8 Abs. 3 des Münzgesetzes beschäftigt sich vielmehr nur einerseits mit der Erfüllung von Geldschulden, welche nach Inkrafttreten des Gesetzes in ausländischer Währung kontrahiert werden, andrerseits speziell mit Lohnverträgen, in welchen eine Geldleistung ausbedungen wird. Für letztere, d. h. für Lohnverträge, in welchen eine Geldleistung ausbedungen wird, schreibt er vor, dass sie nur auf den gesetzlichen Münzfuss abgeschlossen und die Löhnungen nur in gesetzlichen Münzsorten ausbezahlt werden dürfen, dass also ein in einem Lohnvertrage ausbedungenes Geldäquivalent, nicht, wie bei andern Verträgen, auch in ausländischer, sondern ausschliesslich nur in inländischer Währung dürfe stipuliert und geleistet werden. Die Aufstellung der allgemeinen Vorschrift, dass in Lohnverträgen überhaupt nur Geld-, nicht aber auch Naturallöhne dürfen ausbedungen werden, lag gewiss dem eidgenössischen Gesetzgeber bei Erlass des Münzgesetzes durchaus ferne; sie wäre auch über den Rahmen eines Münzgesetzes, welches sich nur mit Geldschulden zu beschäftigen hat, und damit wohl über die damaligen Schranken der Kompetenz des eidgenössischen Gesetzgebers hinausgegangen. Eine derartige allgemeine Vorschrift ginge überhaupt viel zu weit und wäre praktisch kaum durchführbar. Es mag vom sozialpolitischen Standpunkte aus vielleicht wünschbar sein, dass eine Bestimmung, wie Art. 10 des Fabrikgesetzes sie für die Löhnung der Fabrikarbeiter aufstellt, speziell auch für Verhältnisse, wo es sich zwar nicht um einen eigentlichen Fabrikbetrieb, wohl aber um einen fabrikähnlichen Gewerbebetrieb handelt, erlassen werde. Allein in Art. 8 Abs. 3 des Münzgesetzes kann ein derartiges Verbot des

Trucksystems in gewerblichen Betrieben nicht gefunden werden. (Entsch. v. 4. Februar 1893 i. S. Meyer.)

---

90. *Interkantonale Souverainetätskonflikte in Erbschaftssachen. Massgebende Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit für Erbschaftsstreitigkeiten bezüglich Forderungen.*

Die bisherige bundesrechtliche Praxis hat für die Erledigung interkantonaler Souverainetätskonflikte in Erbschaftssachen den Grundsatz aufgestellt, dass, in Ermangelung besonderer vertragsmässiger Beschränkungen, jeder Kanton kraft seiner Souverainetät befugt sei, bezüglich der auf seinem Territorium gelegenen Nachlasssachen seine Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit zur Geltung zu bringen; sofern ein Nachlass in verschiedenen Kantonen gelegen ist und ein Konflikt zwischen den verschiedenen kantonalen Gesetzgebungen besteht, seien daher die Gerichte jedes Kantons bundesrechtlich zur Entscheidung sich ergebender Erbstreitigkeiten insoweit kompetent, als der Nachlass sich im Gebiete des betreffenden Kantons befindet (vgl. darüber die Entsch. des Bundesger. i. S. Amstad, A. Slg. Bd. 7 S. 468 u. f., Erw. 5; i. S. Lüti, ib. Bd. 8 S. 199 u. ff., Erw. 6 und die dort angeführten Entscheidungen).

Forderungen, auch die grundversicherten, gehören zum beweglichen Vermögen. Handelt es sich um Wertpapiere,[1] bei welchen die Urkunde nicht blosses Beweismittel, sondern Träger, Verkörperung des Forderungsrechts ist, welche als körperliche bewegliche Sachen zu behandeln sind, so entscheidet die Lage der Schuldurkunden die Frage, wo dieselben als gelegen zu betrachten seien. Bei andern Guthaben erscheint als massgebend der Wohnort des Gläubigers, nicht derjenige des Schuldners oder der Ort, wo das als Pfand haftende Grundstück sich befindet. Selbstverständlich kann bei einem Rechte, als einem unkörperlichen Dinge, von einer Lage im Raum strenge genommen nicht gesprochen, sondern kann nur gesagt werden, welches die für den in Frage liegenden Rechtseffekt massgebende örtliche Beziehung des Rechts sei. Und hier muss nun der Wohnort des Gläubigers als massgebend erachtet werden. Wenn auch die betr. Urkunden ein dingliches Recht an dem verpfändeten Grundstücke beurkunden, so steht doch in erster Linie nicht das Pfandrecht, sondern die durch dasselbe versicherte For-

---

[1]) In casu handelte es sich um appenz. Zeddelguthaben.

derung, das, durch die Haftung des Grundstückes lediglich gesicherte Recht, auf die Leistung des Schuldners. Das Forderungsrecht aber gehört zum Vermögen des Gläubigers; dieser kann an seinem Wohnorte über dasselbe durch Abtretung etc. verfügen. Rücksichtlich der Übertragung dieses Rechts durch Erbgang u. s. w. müssen daher Recht und Gerichtsbarkeit des Wohnorts des Gläubigers als massgebend erachtet werden. Soweit nicht die einzelnen Vermögensstücke durch eine bestimmte Lage im Raume einer andern Territorialhoheit unterworfen sind, muss die Territorialhoheit desjenigen Staates, welchem der Berechtigte für seine Person untersteht, auch auf dessen Vermögen erstreckt werden. (Entsch. v. 28. April 1893 i. S. Fässler.)

---

91. *Art. 59 B.-V. Prorogationsklausel in einem auf bestimmte Zeit abgeschlossenen civilrechtlichen Vertrage; Klage aus dem betreffenden Vertrage beim prorogierten Gerichtsstand; Einrede, der Vertrag sei abgelaufen, und daherige Bestreitung der Kompetenz des Gerichtes; ist diese Einrede prozessrechtlicher oder materieller Natur?*

P. & Cie in Basel beteiligten sich an einem Syndikate für die Plazierung von Aktien und Obligationen. Das Reglement des Syndikats betraut die Eidg. Bank mit der Geschäftsführung, bezeichnet Genf als Sitz des Syndikats und setzt fest, dass die Mitglieder des Syndikats bei der Eidg. Bank in Genf Domizil nehmen, sowie, dass das Syndikat in allen Fällen vor dem 30. Juni 1891 aufgelöst werden solle. Ende Mai 1891 erliess die Bank ein Circular an die Mitglieder des Syndikats, des Inhalts, dass sie mit Rücksicht auf gesetzliche, zur Zeit der Ausgabe der Obligationen entgegenstehende Hindernisse das Syndikat um sechs Monate verlängert habe. In einem zweiten Circular vom 24. Dezbr. 1891 ersuchte die Eidg. Bank, unter Darlegung der hiefür sprechenden Gründe, das Syndikat erst am 30. April 1892 aufzulösen, mit dem Beifügen: „Wenn Sie nichts Gegenteiliges berichten, werden wir Ihr Stillschweigen als Zustimmung zu dieser Fristerstreckung betrachten.“ Die beiden Circulare wurden von P. & Cie nicht beantwortet.

Im Februar 1892 forderte die Bank von P. & Cie auf Grund des Syndikatsvertrages zwei Einzahlungen. Da P. & Cie diese Einzahlungen nicht leisteten, so erhob die Eidg. Bank gegen sie bei den genferschen Gerichten Klage, welche durch Kontumazialurteil gutgeheissen wurde. Die Vollstreckung

dieses Urteils wurde vom Basler Gerichte bewilligt und der hiegegen, gestützt auf Art. 59 B.-V., ergriffene Rekurs vom B.-Gericht abgewiesen, u. A. aus folgendem Grunde:

Die Beklagte wendet ein, der eingeklagte Anspruch sei jedenfalls nicht während der Gesellschaftsdauer, sondern erst nachher entstanden und es finde daher auf denselben die Prorogationsklausel des Syndikatsvertrages keine Anwendung. Allein hiegegen ist zu bemerken: Die Klage, wie sie erhoben wurde, ist eine solche aus dem Gesellschaftsverhältnisse; sie stützt sich auf die Bestimmungen des Syndikatsvertrages. Wenn dem gegenüber die Beklagte einwendet, die Kläger haben die Dauer des Syndikatsvertrages willkürlich verlängert und es könne daher der eingeklagte Anspruch aus dem durch diesen Vertrag begründeten Gesellschaftsverhältnisse nicht abgeleitet werden, so ist diese Einwendung nicht prozessrechtlicher, sondern materieller Natur; sie betrifft nicht die Kompetenz des Gerichts, sondern den Bestand des eingeklagten Anspruchs. Die Kompetenz des genferschen Richters ist dadurch gegeben, dass die Klage einen Anspruch aus dem Gesellschaftsverhältnis geltend macht, für welches der genfersche Gerichtsstand durch Vereinbarung begründet wurde. Die Frage, ob der Anspruch aus dem Gesellschaftsverhältnisse sich wirklich ergebe, oder ob vielmehr die Geschäftsführung seit 30. Juni 1891 eine unbefugte, durch das Gesellschaftsverhältnis nicht gerechtfertigte war, ist nicht eine solche der Kompetenzprüfung, sondern der Sachentscheidung. Dabei steht nicht die Giltigkeit oder Tragweite des in der Domizilklausel enthaltenen prozessrechtlichen Vertrages in Frage, sondern die Gestaltung des den Gegenstand des Prozesses bildenden materiellen Rechts- (Gesellschafts-) Verhältnisses. Über dieses zu entscheiden aber war eben der genfersche Richter kraft der Domizilklausel kompetent. Es ist demnach der Auffassung des Appellationsgerichts beizutreten, dass die Beklagte, wenn sie glaubte, sich den rechtlichen Konsequenzen der Verlängerung des Gesellschaftsvertrages nicht unterziehen zu müssen, diese Einwendung im Wege der materiellen Einrede gegen die Klage vor dem genferschen Richter geltend machen musste. (Entsch. v. 28. Januar 1893 i. S. Passavant & Cie.)

---

## B. Entscheide kantonaler Gerichte.

---

92. *Handelsusancen. Wieweit gegenüber dem Obligationenrecht zu berücksichtigen?*

**Zürich.** Urteil des Handelsgerichts vom 21. April 1893 i. S. C. Egloff und Sohn c. Schweizer.

C. Egloff und Sohn hatten dem E. Schweizer auf Bestellung Ventilauslaufhahnen in Messingbronze nach einem neuen System geliefert. Mehr als ein Vierteljahr nachher, als die Lieferanten dem Empfänger ihre Tratten für die Fakturabeträge avisierten, antworteten diese, sie seien erst in jüngster Zeit veranlasst gewesen, die Ware näher zu prüfen, und da hätten sich so grosse Mängel ergeben, dass sie den grösseren Teil zur Disposition stellen. Der daraufhin erhobenen, auf Verspätung der Mängelrüge sich stützenden Klage hielten die Beklagten entgegen, dem Kleinhändler könne nach der Natur der Sache die Prüfung der Hahnen mit Bezug auf ihre Dichtigkeit nicht zugemutet werden, weil hiezu eine Druckpumpe von 18 Atmosphären erforderlich sei, die regelmässig nicht zu Gebote stehe; es bestehe eine Usanz, wonach es im Verhältnis des Fabrikanten zum Detailhändler für diesen Artikel überhaupt keine Rügefrist gebe. Kläger bestritten eine solche Usanz und wandten ein, dass sie jedenfalls, weil mit dem Gesetz im Widerspruch stehend, unerheblich wäre. Über diesen Punkt äusserte sich das Handelsgericht folgendermassen:

Art. 357 O. R. bestimmt, dass der Besteller, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange thunlich sei, die Beschaffenheit des Werks zu prüfen und den Unternehmer von allfälligen Mängeln in Kenntnis zu setzen habe. Die beklagterseits behauptete Usanz würde jedenfalls insofern hievon abweichen, als der Besteller dadurch von der hier vorgeschriebenen Prüfungspflicht befreit würde. Die von den Klägern hiegegen erhobene Einwendung, dass die Usanz wegen dieses Widerspruchs mit dem O. R., das diese Materie erschöpfend normiert, von vorneherein ausser Betracht falle, kann nicht als stichhaltig erachtet werden. Der Einwand wäre wohl zutreffend mit Bezug auf eigentliches Handelsgewohnheitsrecht, wozu auch die „Handelsgebräuche" nach der Nomenklatur des deutschen H. G. B. Art. 1 gehören, hievon unterscheiden sich aber die „Handelsusanzen" oder „Handelssitten", die an sich nicht rechtsbindender Natur sind, sondern

nur als Interpretationsmittel für den Parteiwillen in Betracht kommen, indem im Zweifel anzunehmen ist, dass die Parteien, soweit über einen Punkt nicht ausdrückliche Verabredungen vorliegen, Willens gewesen seien, es bei der bestehenden Usanz oder Sitte bewenden zu lassen. Die Rechtserheblichkeit derartiger Usanzen ergiebt sich daher ohne Weiteres daraus, dass das schweiz. O. R. wenigstens in der Mehrzahl seiner Vorschriften, und jedenfalls mit Bezug auf Art. 357, dispositiver Natur ist, so dass es den Parteien zusteht, hierauf zu verzichten, was auch stillschweigend geschehen kann.

Zur Herstellung der vom Beklagten behaupteten Usanz genügt es aber nicht, dass bei dem hier in Frage stehenden Handelsartikel die Prüfung für den Besteller in der Regel als nicht üblich unterlassen wird. Nach b.-ger. Urteil i. S. Meyer c. Hauser (A. S. XIII S. 318) könnte ein derartiger, vielleicht gewohnheitsmässig nachlässiger Gebrauch unter Umständen durch Vereinbarung einer verhältnismässig kleinen Zahl von Kaufleuten in einer für die Lieferanten sehr beschwerenden Weise gestaltet worden. Vielmehr müsste zum Beweise einer rechtlich erheblichen Usanz dargethan werden, dass nicht nur die Zwischenhändler thatsächlich jene Prüfung gewöhnlich unterlassen, sondern dass auch von den Fabrikanten eine derart beschränkte Untersuchung als ordnungsgemäss anerkannt werde. Dieser Nachweis ist in casu nicht geleistet.

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch. XII [1893] Nr. 11.)

---

93. *Schadenersatzpflicht des Eigentümers eines Tieres. Art. 65 O. R.*

**Schaffhausen.** Urteil des Obergerichts vom 21. Mai 1892.

Ein Mann wurde von einer Kuh, die von einem kleinen Knaben am Strick zur Tränke geführt wurde, mit dem Horn in die Achselhöhle gestossen. Es entstand daraus eine ca. zweimonatliche Krankheit und nach der Heilung trat ein neues Leiden hinzu, das den Tod des Verletzten zur Folge hatte. Noch bei seinen Lebzeiten erhob er Klage auf Entschädigung gegen den Eigentümer der Kuh und nach seinem Tode wurde dieselbe von seiner Erbin aufgenommen. Der Beklagte bestritt grundsätzlich jede Haftbarkeit für den Schaden.

Nach Art. 65 O. R. hat der Eigentümer eines Tieres für allen Schaden zu haften, den dasselbe anrichtet, wenn er nicht nachweist, dass er alle erforderliche Sorgfalt in der Bewahrung und Beaufsichtigung angewendet hat. Als die Kuh den Verstorbenen stiess, war sie von einem Knaben des Beklagten im nicht genau festgestellten Alter von 9—11 Jahren am Strick geführt. Der Beklagte behauptet, es sei auf dem Lande ganz allgemein üblich, dass Kühe von Kindern zur Tränke geführt, ja noch weiter gehend, ganz frei zum Brunnen getrieben werden; kein Mensch sehe darin eine mangelhafte Beaufsichtigung. Das ist insofern richtig, als diese Übung wirklich allgemein besteht und darin Niemand eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit erblickt. Eine ganz andere Frage ist aber die, ob diese Übung auch den Anforderungen des Art. 65 O. R. entspricht. Sie mag an sich nach der allgemeinen Anschauung keinen Anlass zu polizeilichem Einschreiten geben; alle erforderliche Sorgfalt in der Verwahrung und Beaufsichtigung wendet aber der Eigentümer eines Stücks Vieh nicht an, wenn er dasselbe ganz frei zum Brunnen gehen oder durch einen kleinen Knaben führen lässt, der ja nicht im Stande ist, es zu halten, wenn es störrig oder wild wird. Wenn bei einer solchen an sich landesüblichen mangelhaften Beaufsichtigung ausnahmsweise einmal ein Unglück geschieht, so haftet der Eigentümer. Der Wortlaut des Art. 65 O. R. spricht zu deutlich für die scharfe Auslegung. Der Beklagte wurde daher grundsätzlich schadenersatzpflichtig erklärt.

(Amtsber. des Oberger. für 1892, Anh. S. 44 f.)

---

94. *Restitution de la valeur reçue par le débiteur au cas de l'impossibilité de l'exécution d'une obligation. Inapplicabilité de l'art. 145 C. O. en faveur du créancier mis dans l'impossibilité.*

**Genève.** Jugement du Tribunal de 1re instance du 20 avril 1893 d. l. c. Francillon c. Cie P.-L.-M.

Le demandeur réclame le paiement d'une somme de fr. 98. 20, comme restitution de la valeur d'un billet circulaire Genève-Beaulieu, utilisé seulement pour le parcours de Genève-Lyon. Il explique qu'étant tombé malade en cours de voyage il n'a pu utiliser son billet dont la durée était limitée, et il invoque l'art. 145 C. O. Le Tribunal de 1re instance a déclaré non fondée la demande.

Motifs: Attendu que l'art. 145 doit évidemment être interprété en ce sens que le débiteur est tenu de restituer ce qu'il a reçu lorsqu'il a été mis dans l'impossibilité d'exécuter l'obligation par suite d'un fait qui ne lui est pas imputable, mais qui est son propre fait, ce qui serait le cas du transporteur mis dans l'impossibilité d'exécuter le contrat de transport par suite d'un événement rendant les routes ou lignes de chemins de fer impraticables;

Que, d'autre part, l'obligation de restituer ne peut pas exister si l'impossibilité provient, non pas du fait du débiteur de l'obligation, mais du fait du créancier de la dite, ainsi que c'est le cas en l'espèce;

Que, de plus, on peut considérer que le demandeur ou, à son défaut, les personnes qui se sont occupées de lui, auraient pu éviter la péremption du droit du billet circulaire, en réclamant la prolongation de délais prévue.

(La Semaine judiciaire 1893 Nr. 21.)

---

95. *Kaufvertrag. Gewährleistungspflicht des Verkäufers wegen Betrugs trotz unterlassener Mängelrüge. Art. 246, 247 O. R.*

**Luzern.** Urteil des Obergerichts vom 6. April 1892.

Gebrüder L., die in Zürich eine Liqueurdestillerie betreiben, lieferten am 5. August 1889 der Wirtin M. in Luzern grössere Partien Cognac, Rhum, Pfeffermünze und Malaga; die M. lagerte diese Waren in ihrem Keller. Im März 1890 liess sie einen Anstich der Waren vornehmen und, da sie sie der Fälschung verdächtig hielt, sie durch die Stadtpolizei einer chemischen Analyse des Kantonschemikers unterwerfen. Am 14. März schrieb sie den Gebrüdern L. mit Bezugnahme auf den Befund des Kantonschemikers, dass sie die Getränke, weil sehr schlecht und durchaus nicht echt, wieder nach Zürich abgehen lasse. Die Verkäufer verlangten aber Bezahlung der Ware mit Fr. 492 nebst Zins unter Berufung darauf, dass die Käuferin die Ware, die sie ohne Mängel in Empfang genommen und während mehr als acht Monaten besessen habe, nicht mehr zurückschicken dürfe. Sie bestritten auch in erster Linie die Identität der gelieferten mit der untersuchten Ware, weil die Beklagte (Käuferin) die gelieferten Getränke in der Zwischenzeit selbst habe mit Fuselöl versetzen und unbrauchbar machen können; somit seien auch die chemischen Analysen nicht massgebend. Das Obergericht

fand aber den Beweis der Identität erbracht. Über die nun in Betracht kommenden Art. 246 und 247 O. R. äusserte es sich folgendermassen:

Es darf konstatiert werden, dass die Beklagte, wenn sie acht Monate vom Empfange bis zur Prüfung der Ware hat verstreichen lassen, den Pflichten eines Käufers, wie sie Art. 246 O. R. festsetzt, nicht nachgekommen ist. Es muss deshalb an und für sich die Zahlungspflicht der Beklagten anerkannt werden. Nun fragt sich aber, ob nicht Art. 247 O. R. Platz greife. Diesbezüglich ergiebt das Gutachten des Kantonschemikers, dass der Rhum als eine durchaus verfälschte, gesundheitsschädliche Ware, die nicht zur Konsumation gebracht werden solle, erkannt wurde, während bei Cognac und Pfeffermünz zwar auch eine mindere Qualifikation, aber doch keine Gesundheitsschädlichkeit gefunden und der Malaga überhaupt nicht beanstandet und der Untersuchung unterstellt wurde.

Soll nun Art. 247 O. R. zur Anwendung kommen, so muss die Voraussetzung gegeben sein, dass die Verkäufer die schlechte Beschaffenheit der Ware vor der Lieferung gekannt haben. Der Zusatz in der klägerischen Faktur: „Wir machen ausdrücklich darauf aufmerksam, dass wir sämtliche Sorten, mit Ausnahme von Malaga, Vermouth und Absynthe, selbst fabrizieren," lässt die Annahme zu, dass die Kläger die Qualität des von ihnen gelieferten Cognac, Rhum und Pfeffermünz gekannt haben. Allein auch unter dieser Voraussetzung kann das Vorhandensein einer absichtlichen Täuschung im Sinne des Art. 247 noch nicht ohne Weiteres angenommen werden. Es ist wohl möglich, dass ein Verkäufer zwar die Mängel der Ware kennt, aber sie als solche betrachtet, die der Käufer bei Prüfung nach dem üblichen Geschäftsgange, wie der Verkäufer sie von dem Käufer voraussetzen darf, gleichwohl, etwa zufolge einer Verständigung unter den Kontrahenten, acceptieren werde. Wohl aber liegt ein dolus im Sinne des Art. 247 vor, wenn der Verkäufer von vorneherein wusste, dass die Ware völlig unbrauchbar war, oder wenn er in irgend einer Weise dahin wirkte, dass der Käufer die vertragswidrige Ware ohne Untersuchung und Prüfung als Erfüllung annimmt. Wendet man dies auf unsern Fall an, so dürfte bezüglich des Cognac und des Pfeffermünz, deren geringe Qualität allerdings konstatiert ist, während aber weder deren völlige Unbrauchbarkeit noch eine Einwirkung des Verkäufers auf Unterlassung der Untersuchung dargethan ist, die Annahme des Betrugs im Sinn des Art. 247

ausgeschlossen sein. Was aber den Rhum anbelangt, so muss mit Rücksicht darauf, dass die Verkäufer selber die Fabrikanten sind, und dass die Gesundheitsschädlichkeit und Unbrauchbarkeit dieses Getränkes zur Evidenz erstellt ist, das Vorhandensein des dolus im Sinne des Art. 247 als erwiesen betrachtet werden, und es muss demnach hier die Gewährleistungspflicht der Kläger in vollem Umfange bestehen bleiben.

(Verhandl. des Obergerichts v. J. 1892 Nr. 115.)

---

96. *Auftrag. Umfang desselben. Art. 394 Abs. 1 O. R.*

**Thurgau.** Urteil des Obergerichts vom 30. November 1892 i. S. Stricker und Beusch c. Aaron Lewy und Sohn.

Am 6. August 1891 verkaufte Oehler für Rechnung von Aaron Lewy und Sohn in B. Csala einen nach Buchs rollenden Wagen Waizen an Stricker und Beusch um den Preis von Fr. 26½ per 100 Kilos, frei ab Lagerhaus Buchs. A. L. u. S. weigerten sich, den von Oehler abgeschlossenen Verkauf als für sie rechtsverbindlich anzuerkennen, weil Oehler nur Auftrag gehabt habe, Waizen frei ab B. Csala zu Fr. 21½ zu verkaufen. Die Lieferung wurde nicht effektuiert; infolge dessen machten Str. u. B. gegen A. L. u. S. eine Schadenersatzforderung von Fr. 350 geltend, für welche sie auf ein Guthaben der letztern bei August Kesselring in Romanshorn Arrest erwirkten. Diese erhoben zunächst die Einrede der mangelnden Passivlegitimation, indem Kläger nicht mit ihnen, sondern mit Oehler kontrahiert hätten, welch letzterer als Kommissionär in eigenem Namen mit den Klägern gehandelt habe, und von ihnen (Bekl.) zum Verkaufe nicht beauftragt gewesen sei. Eventuell habe Oehler die Grenzen seiner Vollmacht überschritten, und sie seien aus diesem Grunde durch den von ihm geschlossenen Verkauf nicht verpflichtet worden. Im Weitern bestritten sie, dass den Klägern durch Nichtlieferung des Wagens ein Schaden erwachsen sei; letztere hätten nämlich ganz gut anderen Waizen gleicher Qualität zu gleichem Preise kaufen können; ein Preisaufschlag habe damals nicht stattgefunden. Eine von der ersten Instanz angeordnete Expertise taxierte die Preisdifferenz, welche vom 6. August bis Ende August 1891 bei dem in Frage stehenden Waizen eingetreten sei, auf Fr. 2½ per 100 Kilos. Gestützt auf diese Expertise gelangte die erste Instanz unter

Abweisung der Einrede der mangelnden Passivlegitimation zur Gutheissung der Klagforderung im reduzierten Betrage von Fr. 250.

Auf Appellation der Bekl. bestätigte die zweite Instanz dieses Urteil. Die Motive führen zunächst aus, dass aus den Umständen sich ergebe, dass Oehler nicht als Kommissionär, also in eigenem Namen, sondern als Beauftragter in der Bekl. Namen den Verkauf abgeschlossen habe, die Passivlegitimation somit vorhanden sei. Bezüglich der Einhaltung der Bedingungen des Auftraggebers sagen sie dann weiter:

Bei Ausführung des Verkaufsauftrages hat Oehler die Ordre seiner Mandanten allerdings nicht ganz strikte innegehalten. Allein wenn diese um Fr. 21½ ab B. Csala verkaufen wollten und Oehler um 26½ Fr. ab Buchs verkaufte, so liegt hierin keine Ordreüberschreitung zu ihrem N a c h t e i l e, denn laut Bescheinigung der Vereinigten Schweizerbahnen beträgt die Fracht von B. Csala nach Buchs per 100 Kilos Fr. 4. 94 Cts. incl. Eingangszoll. Oehler hat also noch etwas über der ihm gestellten Preisgrenze verkauft. Hinsichtlich der Zahlungsbedingungen enthielt der Brief vom 3. August keine Vorschriften; wenn nun Oehler auf zwei Monate Accept verkaufte, so hat er jedenfalls keine bestimmte Ordre verletzt, und hat er nur auf einen im kaufmännischen Verkehr üblichen Termin Kredit gewährt. Die Punkte, in denen Oehler von seiner Ordre abwich, sind untergeordneter Art, und es kann diesen Abweichungen von der Ordre, welche für die Auftraggeber gar keinen Nachteil zur Folge hatten, nicht die Wirkung zukommen, dass sie aus dem von Oehler geschlossenen Vertrage nun gar nicht verpflichtet sein sollten, sondern sie können lediglich ihren Vertreter für die angeblich unbefugten Ordreüberschreitungen zur Verantwortung ziehen.

Sind somit sie und nicht Oehler aus dem Vertrage vom 6. August 1891 zur Lieferung des Wagens Waizen verpflichtet worden, so haften sie auch für den infolge der Nichtlieferung den Klägern erwachsenen Schaden. Dass wegen des nach dem Kaufsabschlusse eingetretenen Preisaufschlages ein Schaden entstanden ist, welcher durch die Preisdifferenz zwischen dem 6. August und der Zeit, da die Lieferung hätte erfolgen sollen, repräsentiert wird, ergiebt sich aus der von der ersten Instanz angeordneten Expertise, deren Ergebnis auch vom Obergericht in quantitativer Hinsicht als massgebend betrachtet wird.

---

97. *Verletzung des Geschäftsgeheimnisses. Kontraktliche Schuld, Art. 396 O. R. Widerrechtliche Handlung, Art. 50 und 55 O. R.*

**Zürich.** Urteil des Handelsgerichts vom 28. April 1893 i. S. C. gegen Papierfabrik a. d. Sihl.

Der Kläger, früher Direktor der beklagten Aktiengesellschaft, forderte von der Beklagten die Restsumme von Fr. 5000 aus einem Vergleiche, den die Parteien s. Zt. geschlossen hatten bei Anlass der plötzlichen Lösung des Anstellungsverhältnisses des Klägers. In diesem Vergleiche war bestimmt worden, dass die Beklagte die vom Kläger s. Zt. als Kaution für gewissenhafte Einhaltung der vertraglichen Bestimmungen hinterlegten Aktien zum Preise von Fr. 11,000 eigentümlich übernehme. Bis zum Tage der Fälligkeit dieser Summe sollten die Fr. 11,000 als Kaution für allfällige erst nach dem Vergleiche zur Kenntnis der Beklagten gelangende Verantwortlichkeiten dienen.

An dieser Summe hat die Beklagte Fr. 6000 abbezahlt, für die restierenden Fr. 5000 dagegen machte sie kompensationsweise eine Gegenforderung auf Schadensersatz resp. eine Genugthuungssumme in diesem Betrage geltend, indem sie behauptete, der Kläger habe zur Zeit seiner Anstellung als Direktor ohne Wissen und Willen seiner Vorgesetzten des Verwaltungsrates, am 15. Dezbr. 1891 bei der Schw. Kreditanstalt in Zürich über einen der besten Kunden des beklagtischen Geschäftes eine Kreditinformation eingezogen und dann später von der Informationseinholung dem Chef der betr. Firma Mitteilung gemacht. Hiebei habe er noch unwahrer Weise behauptet, er sei zur Einholung der Information von einigen Mitgliedern des Verwaltungsrates beauftragt worden, welche den Auftrag damit begründet hätten, dass die finanzielle Lage jener Firma eine schlechte sei. Diese Mitteilung habe der Kläger gemacht, um die Beklagte zu schädigen, und in der That seien seit dieser Zeit die Bestellungen der genannten Firma derart kleiner geworden, dass der Beklagten ein Schaden von mindestens Fr. 5000 erwachsen sei.

Die Gegenforderung stützte die Beklagte in erster Linie auf kontraktliches Verschulden, da der Kläger durch den Verrat eines Geschäftsgeheimnisses seine Vertragspflichten verletzt habe; damit konkurriere aber auch ausservertragliches Verschulden, und endlich sei sie auch berechtigt, aus Art. 55 O. R. eine Genugthuungssumme zu verlangen. Der Kläger anerkannte, die Mitteilung von der Einholung einer Infor-

mation an die genannte Firma gemacht zu haben, bestritt aber, dass er dies in widerrechtlicher Absicht gethan habe, und behauptete zur Einholung der Information von einem Mitgliede des Verwaltungsrates beauftragt worden zu sein; den Beweis für die letztere Behauptung blieb er indessen schuldig. Dass die eingeklagte Mitteilung pflichtwidrig gewesen, bestritt der Kläger, eventuell hielt er sich für entschuldigt durch die Aufregung, in welche ihn die damaligen Reibereien mit dem Verwaltungsrate versetzt hatten. Schliesslich stellte er auch den Causalzusammenhang zwischen seiner Handlung und dem angeblichen Schaden in Abrede, indem er behauptete, dass der Rückgang der Bestellungen lediglich dem Verhalten seines Nachfolgers in der Direktion zur Last falle; eventuell sei daher die geforderte Schadensersatzsumme bedeutend zu ermässigen.

Das Gericht hiess die Gegenforderung der Beklagten im Betrage von Fr. 1000 gut.

Gründe:

1. Mit Bezug auf das Fundament der Gegenforderung ist durch das Zugeständnis des Klägers festgestellt, dass er an einen der Chefs der mehrfach genannten Firma Mitteilung gemacht hat von der von der Beklagten über diese Firma bei der schweiz. Kreditanstalt eingezogenen Kreditinformation. Ebenso kann als festgestellt erachtet werden, dass diese Mitteilung erfolgt ist zu einer Zeit, in welcher der Kläger noch bei der Beklagten angestellt war.

Eine derartige Informationserhebung über einen Kunden muss offenbar als Geschäftsgeheimnis aufgefasst werden, und zwar in besonderem Masse gegenüber dem betreffenden Kunden selbst. Im weiteren ist davon auszugehen, dass die Bewahrung von Geschäftsgeheimnissen zu den Pflichten der Angestellten gehört. Dies ergiebt sich wohl ohne weiteres daraus, dass gewisse Verhältnisse eben deshalb als Geschäftsgeheimnisse behandelt werden, weil aus deren weiterem Bekanntwerden ein Schaden irgend welcher Art befürchtet wird. Ein Angestellter aber, der ohne dringliche Veranlassung bezw. Entschuldigung etwas thut, wodurch die Interessen des Prinzipals gefährdet werden, verletzt die ihm aus dem Dienstvertrage obliegende Treupflicht, welch' letztere als selbstverständlich gelten darf, übrigens auch vom Gesetze bezüglich des Mandates, welches im Dienstvertrage enthalten ist, ausdrücklich ausgesprochen ist (Art. 396 O. R.), und begeht eine grobe Ungehörigkeit, deren strenge civilrechtliche Ahndung am Platze ist.

2. Eine Verletzung des Dienstvertrages ist daher ohne weiteres in der blossen Mitteilung eines Geschäftsgeheimnisses an Dritte enthalten. Immerhin ist die Frage, ob hiemit vom Kläger, wie die Beklagte behauptet, nach seiner Dienstentlassung, noch die unwahren Angaben verbunden worden seien, er sei von Mitgliedern des Verwaltungsrates zur Information beauftragt und der Auftrag damit motiviert worden, dass es mit einem der Chefs der Firma, über welche die Information eingezogen worden, finanziell schlecht stehe, nicht ohne Bedeutung sowohl für das Mass des Verschuldens des Klägers, als auch für die Frage des Schadens, indem hiedurch die Chefs jener Firma ganz besonders verstimmt werden mussten.

Durch die Ergebnisse des Beweisverfahrens ist nun festgestellt, dass der Kläger die genannten unwahren Behauptungen gethan hat und zwar mit dem Bewusstsein von deren Unwahrheit. Die Beweggründe hiefür können unbedenklich darin gefunden werden, dass er bei der genannten Firma, als einer der besten Abnehmerinnen des beklagtischen Geschäfts, eine Verstimmung gegen die Beklagte hervorrufen wollte. Selbst wenn übrigens diese Mitteilungen nicht gerade in doloser Absicht, sondern nur culposer Weise erfolgt sein sollten, so würde dies dennoch genügen, um den Kläger für allen daraus entstandenen Schaden verantwortlich zu machen.

3. Die streitige Gegenforderung wird endlich auch auf Art. 55 O. R., als eine solche auf Genugthuung, begründet. Allein, wenn auch in dieser Hinsicht nach dem Entscheid des Bundesgerichts in Sachen der Zürcher Kantonalbank gegen Weisflog (A. S. Bd. XI, S. 199) davon auszugehen ist, dass das Klagerecht aus Art. 55 cit. auch Aktiengesellschaften, wie überhaupt juristischen Personen, zustehe, so kann im vorliegenden Falle, wo als Schaden lediglich die Verminderung des Geschäftsumsatzes mit einem Kunden, also ein Entgang von Geschäftsgewinn in Frage kommt, nicht aber ein Angriff gegen die Kreditfähigkeit der Beklagten, von einer ernstlichen Verletzung der persönlichen Verhältnisse, wie Art. 55 sie voraussetzt, nicht die Rede sein.

4. Die dem Kläger zur Last fallende Verletzung seiner Pflicht zur Wahrung des Geschäftsgeheimnisses verpflichtet denselben gemäss Art. 112 O. R. zum Ersatz des hieraus entstandenen Schadens an die Beklagte, als Mitkontrahentin des Dienstvertrags, und in gleicher Weise wird eine Schadensersatzpflicht des Klägers begründet durch die bei seinem Rücktritte arglistiger Weise an den Chef der gedachten Firma gemachten Angaben über die Motive der Informationsein-

ziehung. Der Nachweis für den Schaden, d. h. die ursächliche Folge einer Vermögensverminderung der Beklagten aus jener Handlung, liegt der Beklagten ob; indessen bedarf es hiebei keines strengeren Beweises, sondern es greift hier gemäss Art. 116 Abs. 2 und Art. 51 O. R. das richterliche Ermessen unter Würdigung der Umstände Platz.

Nach dem Ergebnisse des Beweisverfahrens kann nun dieser Beweis als geleistet angesehen werden, aber ebenso muss auch der dem Kläger obliegende Gegenbeweis dafür, dass der beträchtlich gesunkene Geschäftsumsatz der Beklagten mit der gedachten Firma, sei es im Ganzen, sei es zum Teil, durch andere selbständige Ursachen bewirkt und somit der Causalnexus zwischen seiner widerrechtlichen Handlung und dem entstandenen Schaden unterbrochen worden sei, wenigstens zum Teil als gelungen betrachtet werden. Darnach ist nämlich anzunehmen, dass während der Kläger gegenüber jener Firma in Bezug auf die von derselben bei der Beklagten gemachten Bestellungen eine ganz besondere Diligenz und ein ausserordentliches Verständnis für die Erhaltung der Kundschaft hat walten lassen, sein Nachfolger auf dem Direktionsposten in dieser Hinsicht mehr nur die im allgemeinen übliche Sorgfalt aufgewendet zu haben scheint und eine persönliche Bevorzugung jedenfalls nicht stattgefunden hat. Immerhin ist auf Grund einer Reihe den Akten zu entnehmenden Indicien dahin zu schliessen, dass die Abnahme der Bestellungen, wenn auch nicht ganz, so doch zum grossen Teile auf der durch die widerrechtliche Handlung des Klägers hervorgerufenen Verstimmung der Leiter der gedachten Firma gegen die Beklagte beruhe.

In Anwendung des freien richterlichen Ermessens ist daher der vom Kläger an die Beklagte zu leistende Schadensersatz auf Fr. 1000 anzusetzen, welche Summe demnach von der an sich anerkannten Forderung des Klägers in Abzug fällt.

---

98. *Paiement en mains d'un courtier assimilé à celui en mains d'un voyageur. Art. 427 C. O.*

**Genève.** Jugement du Tribunal de 1re instance (Chambre commerciale) du 20 avril 1893 d. l. c. Vivante et Cie c. Jérôme.

Les demandeurs réclament le paiement de fr. 272. 95 pour solde. Le défendeur, pour établir sa libération, produit un reçu à lui délivré et signé Mislian; les demandeurs avouent

que Mislian était leur représentant ou leur courtier pour opérer la vente de titres, mais il prétendent qu'il n'avait pas de pouvoirs pour recevoir de l'argent pour leur compte et en donner quittance valable. Le Tribunal a écarté les conclusions des demandeurs.

Motifs: Attendu qu'il résulte des enquêtes qui ont eu lieu qu'il est d'un usage constant sur la place de Genève d'opérer entre les mains des représentants ou courtiers le paiement des sommes dues aux maisons représentées, s'il s'agit de sommes peu importantes;

Attendu de plus que cet usage n'a rien de contraire aux règles de droit; que la loi, art. 427 C. O., prévoit que tout voyageur de commerce qui fait, pour un établissement déterminé, des affaires en dehors du lieu où il a son siège, est réputé avoir les pouvoirs nécessaires pour toucher le prix des ventes conclues par lui;

Attendu que le courtier ou représentant peut parfaitement être assimilé à un voyageur de commerce, puisque, tout comme ce dernier, il est un représentant, un mandataire commercial, recevant des ordres de vente ou d'achat.

(La Semaine judiciaire, 1893, Nr. 21.)

---

99. *Verkaufskommission. Provision des Kommissionärs. Art. 430, 439, 440 O. R.*

**St. Gallen.** Urteil des Kantonsgerichtes vom 6./10. Oktober 1892.

A. in St. Gallen hat im Sommer 1891 sein grosses Warenlager nach England verkaufen wollen und diesen Verkauf dem B. in Herisau in Kommission übergeben, auf Grundlage der dem B. zu gebenden Vorrats- und Preisverzeichnisse und gegen eine Verkaufsprovision von 5%. Beide waren anfangs der Meinung, dass B. zu diesem Zwecke England selbst bereisen solle. Später erklärte sich A. aber auch einverstanden, als ihm B. eröffnete, dass er diese Reise seinem Angestellten C. zu übertragen beabsichtige. C. verreiste Mitte Oktober 1891. Er erhielt seine Verkaufsinstruktionen nach England teils von B., teils aber auch, und zwar Preislisten und Vorratsverzeichnisse, von A. direkt, aber mit Wissen des B. behufs grösserer Beschleunigung. B. betrachtete im Dezember 1891, als C. bis dahin noch keine Verkäufe erzielt hatte, weitere Verkaufsversuche als aussichtslos, berief den C. zurück und gab dem Geschäft, ohne einen

Widerruf des Auftrages seitens des A. erhalten zu haben, keine weitere Folge. Im März 1892 fiel sein Auftraggeber A. in Konkurs. Im Konkurse forderte B. Fr. 1000, nämlich Fr. 250 als ein Monatsalär seines Reisenden C. und Fr. 750 für die diesem vergüteten Reisespesen.

Diese Forderung wurde von der Konkursverwaltung zugelassen, dagegen von einem Konkursgläubiger angefochten und vom Kantonsgericht abgewiesen. In Erwägung:

Es fehlt der nötige Beweis sowohl für die Behauptung, dass die Bezahlung für Reisekosten und Zeitverlust gegenseitig stillschweigend verstanden gewesen, als auch dafür, dass diese Vergütung ausdrücklich vereinbart worden wäre.

Nach Art. 439 O. R. ist der Kommissionär nicht berechtigt, den Lohn seiner Angestellten dem Kommittenten in Rechnung zu bringen, indem die Arbeit solcher Leute als Arbeit des Kommissionärs selbst zu betrachten ist, wie es ja auch hier anfangs verstanden war, dass B. selbst nach England reise, und er sich verpflichtet hielt, das Einverständnis seines Auftraggebers einzuholen, als er die Reise dem C. zu übertragen beabsichtigte. Ebenso lassen sich bei einem solchen Verkaufsauftrage, der in einem fremden Lande zu erfüllen ist, die dabei natürlich erlaufenden Reisespesen nicht unter diejenigen Auslagen und Verwendungen subsumieren, die der Kommissionär dem Kommittenten anrechnen darf; sondern sie fallen, wie sein persönlicher Aufwand an Zeit und Arbeit in sein eigenes Risiko, mit welchem er die bedungene Verkaufsprovision zu erwerben suchen muss, die ihm aber nur zukommt, wenn er einen Verkauf zu Stande bringt.

Nach Art. 440 O. R. hat der Kommissionär allerdings für Geschäfte, die nicht zur Ausführung gekommen sind, einen ortsüblichen Anspruch auf Vergütung seiner Bemühungen (Auslieferungsprovision). Diese kann aber dem B. nicht zuerkannt werden; denn sein Auftrag ist nicht infolge Widerrufs oder anderweitiger Verfügung, oder eines Verschuldens, oder Zufalls auf Seiten des Auftraggebers A. dahingefallen, sondern B. hat seinerseits dem Auftrag keine weitere Folge gegeben und den C. aus England zurückberufen.

(Entsch. des Kantonsger. St. Gallen 1892 S. 48 f.)

---

100. *Gesellschaft. Pflichten der Gesellschafter gegen einander. Stillschweigen des einen zu Vorschlägen des andern als Zustimmung zu behandeln.*

**Baselstadt.** Urteil des Appellationsgerichts vom 5. Dezember 1892 i. S. Eidgen. Bank & Cons. c. Passavant & Cie.

In dem oben Nr. 91 mitgeteilten Falle hat das Appellationsgericht neben dem auch bundesgerichtlich erörterten Grunde noch aus folgendem materiellen Motive das Urteil des Genfer Gerichts als vollstreckbar erklärt:

Es kann den Beklagten nicht zugegeben werden, dass das Syndikat am 30. Juni 1891 wirklich erloschen sei, vielmehr ist es durch stillschweigende Zustimmung der Beklagten zu den klägerischen Verlängerungsvorschlägen erneuert und fortgesetzt worden. In einem Associationsverhältnis sind die Gesellschafter einander gegenseitig durch die von der guten Treue geforderten Rücksichten in hohem Grade gebunden, und dazu gehört unbedingt auch, dass ein Gesellschafter auf Vorschläge und Anträge, die ihm der andere in Gesellschaftsangelegenheiten unterbreitet, sich äussere, und namentlich, wenn er sie nicht angemessen und nicht annehmbar findet, eine ablehnende Erklärung abgebe. Wenn irgendwo, so gilt im Verkehr unter Associés für Gesellschaftsfragen der Satz, dass wer zu Äusserungen und Vorschlägen des Socius schweigt, als einverstanden angesehen werde, eben weil das Gesellschaftsverhältnis volles gegenseitiges Zutrauen und offenes sich Aussprechen voraussetzt. Indem also die Kläger den Beklagten zu einer Zeit, da das Gesellschaftsverhältnis noch in Kraft war, einen motivierten Vorschlag über die Fortsetzung des Verhältnisses machten, waren sie vollauf berechtigt, von ihnen entweder eine Antwort zu erwarten, oder Mangels solcher stillschweigendes Einverständnis anzunehmen, und es geht nicht an, dass Beklagte jetzt ihr Stillschweigen als Nichtannahme des Vorschlages aufgefasst wissen wollen. Auch die in der mündlichen Verhandlung vorgebrachte Behauptung, es sei von dem Beklagten mündlich die Nichtzustimmung an Herrn Rud. Kaufmann & Cie erklärt worden, könnte, selbst wenn erwiesen, nichts ändern, da auf die schriftliche Anfrage nach dem üblichen Geschäftsverkehr unbedingt eine schriftliche Antwort zu geben war. Es ist daher die Fortsetzung der Gesellschaft als durch beiderseitigen Konsens bekräftigt anzusehen, und somit auch die, einen Bestandteil des Gesellschaftsvertrages bildende Unterwerfung der Beklagten unter die Genfer Gerichte. Und da die Domizilerwählung unter den gewöhnlichen Vertrags-

formen und Vertragsregeln steht, so ist auch der Argumentation der I. Instanz mit dem verfassungsmässigen Recht auf den ordentlichen Gerichtsstand keine Berechtigung beizumessen.

---

**101.** *Objets insaisissables. Cheval et char d'un maître voiturier tombé en faillite ne rentrent pas dans les biens énumérés à l'art. 92 § 3 Loi féd. P. et F.*

**Vaud.** Jugement du Tribunal cantonal du 14 mars 1893 d. l. c. Bürren.

Ch. Bürren, voiturier, est tombé en faillite et l'office a laissé à sa disposition un char avec accessoires, comme rentrant dans les biens énumérés à l'art. 92 Loi P. et F. Bürren a prétendu qu'en outre de ces objets il lui doit être laissé un cheval, parmi ceux appartenant à la masse, comme nécessaire pour l'exercice de son industrie de voiturier. Le président de tribunal (autorité inférieure de surveillance) a prononcé que ni les chars ni les chevaux ne sont, dans le cas Bürren, des outils nécessaires. A l'appui de cette décision, il s'est basé sur les motifs suivants:

En recherchant si un char et un cheval sont nécessaires à un voiturier pour l'exercice de sa profession (art. 92 L. P. et F.), il faut se demander en quoi consiste cette profession. Or, il y a dans ce métier des chefs qui possèdent chars et chevaux, et des ouvriers pour soigner et conduire les attelages. Quand un voiturier chef est en faillite, il change de catégorie et devient simplement ouvrier voiturier, et il est hors de doute que pour l'exercice de cette profession, il n'a besoin de posséder lui-même ni chars ni chevaux.

Bürren à déféré le cas à l'autorité cantonale de surveillance. Il invoque que nulle part il est dit que le failli doive forcément changer de profession par le fait de sa faillite. Un voiturier ne peut exercer sa profession sans un char et un cheval. En le privant de ces objets, on l'empêche d'exercer sa profession et on le contraint d'en changer pour devenir domestique. Ce n'est pas ce que la loi a voulu.

La Tribunal cantonal a écarté la plainte.

Motifs: Considérant que le métier de voiturier ne saurait être envisagé comme une profession individuelle, telle que, par exemple, celle de tailleur, pour laquelle une machine à

coudre, entre autres, devrait être reconnue non seulement comme utile, mais nécessaire au débiteur.

Que le fait d'être voiturier revêt plutôt le caractère d'exploitation d'une industrie qui, quoique exigeant des aptitudes et connaissances spéciales, peut être exercée sans que le titulaire possède nécessairement un matériel en propre.

Qu'en effet un voiturier peut, alors qu'il n'est plus à la tête d'une exploitation, continuer à pratiquer le métier qu'il a choisi, à titre de domestique.

(Journal des tribunaux 1893 Nr. 17.)

---

102. *Vente juridique opérée en temps de féries. Question de compétence. Art. 17, 56, 250 Loi P. et F.*

**Fribourg.** Jugement du Président du Tribunal de la Gruyère du 26 octobre 1892 d. l. c. Wyler et Cie c. Fossoux et Fert.

Wyler et Cie ont dirigé des poursuites contre dame E. Pittet et ont fait procéder à divers ventes juridiques. Le 23 juillet 1892, dame P. a été déclarée en faillite, W. et Cie sont intervenus au rôle de la faillite et ont obtenu des collocations sur le produit des biens réalisés à leur instance par l'office des poursuites avant la déclaration de faillite, entre autres sur le produit d'une vente effectuée le 2 juin (fr. 354). Fossoux et Fert ont invoqué les art. 56 et 250 Loi P. et F. pour prétendre que cette vente du 2 juin opérée en temps de féries était nulle et ont demandé que la collocation obtenue par W. et Cie fut réduite de la somme de fr. 354 pour cette somme être attribuée aux instants jusqu'à dûe concurrence. W. et Cie ont excipé d'incompétence du tribunal et le Président du Tribunal de la Gruyère les a admis dans cette exception.

Motifs: Considérant que la question soumise au juge est de savoir si la vente du 2 juin doit oui ou non être annulée;

Qu'au terme de l'art. 17 Loi P. et F. c'est aux commissions de surveillance cantonale et fédérale qu'il appartient de statuer sur cette demande de nullité d'un acte que le préposé aux poursuites aurait passé en violation de la loi et non point au Président.

---

## A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

103. *Verhältnis des eidgenössischen zum kantonalen Recht. Vergleich betreffend dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen; anwendbares Recht.*

Ist für die Entscheidung eines Eigentumsstreites an Grund und Boden die Frage von Bedeutung, ob ein Vergleich giltig oder, weil durch falsche Vorspiegelungen herbeigeführt und auf Grund unrichtiger Voraussetzungen abgeschlossen, ungiltig sei, so ist auch diese Frage nach kantonalem und nicht nach eidgenössischem Recht zu beurteilen. Denn Vergleiche betreffend dingliche Rechte an einer unbeweglichen Sache gehören sachlich nicht dem durch das O. R. normierten Rechtsgebiete, sondern dem Gebiete des kantonalen Rechts an. Ihre Giltigkeit ist also nach kantonalem und nicht nach eidgenössischem Rechte zu beurteilen. Verträge, welche inhaltlich dem Gebiete des kantonalen Rechts angehören, unterstehen dem kantonalen Rechte auch dann, wenn sie im Wege des Vergleichs, zu Abwendung rechtlicher Entscheidungen über bestrittene Ansprüche abgeschlossen werden, ebenso wie umgekehrt Verträge, welche inhaltlich dem durch das O. R. normierten Rechtsgebiete angehören, auch dann nach den Bestimmungen dieses Gesetzes zu beurteilen sind, wenn sie im Vergleichswege zu Stande kamen; s. Entsch. des B.-G. i. S. Jenny c. Blumer.[1]) (Entsch. v. 24. Juli 1893 i. S. Freitag c. Schindler.)

---

104. *Schenkungsversprechen und Versprechen eine natürliche Verbindlichkeit zu erfüllen; Klagbarkeit, anwendbares Recht.*

Das Recht der Schenkung ist im eidg. O. R. nicht normiert, sondern dessen Regelung ist dem kantonalen Rechte anheimgegeben (s. Art. 10 O. R.). Das kantonale Recht bestimmt also darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen ein (noch nicht vollzogenes) Schenkungsversprechen bindend

---

[1]) Revue Bd. VIII Nr. 16.

oder aber frei widerruflich sei, wann ein Schenkungsversprechen als vollzogen gelten könne u. s. w. Das O. R. (Art. 72 Abs. 2) bestimmt bloss, dass wenn in Erfüllung einer sittlichen Pflicht Zahlung geleistet wurde, die condictio indebiti ausgeschlossen sei. Dagegen ist eine Vorschrift, dass sonst klaglose Versprechen ausnahmsweise dann klagbar seien, wenn sie in Erfüllung einer sittlichen Verpflichtung gegeben wurden, dem Bundesgesetze völlig fremd. Handelt es sich um das Versprechen einer unentgeltlichen Vermögenszuwendung, so kann es sich, da das Recht der Schenkung kantonalrechtlicher Regelung anheimgegeben ist, nur um eine Naturalobligation kantonalen Rechtes handeln; ob aber eine solche bestehe, entzieht sich der Nachprüfung des Bundesgerichtes. (Entsch. v. 9. Juni 1893 i. S. Günther c. Günther.)[1])

---

105. *Art. 24 O. R. Betrug durch gefälschte Bilanzen eines öffentlichen Kreditinstituts.*

1. Das blosse Stillschweigen einer Vertragspartei über ihre missliche ökonomische Lage enthält noch keine betrügliche Handlung im Sinne des Art. 24 O. R. 2. Die Bilanzen öffentlicher Kreditinstitute sind allerdings zunächst für deren Aktionäre bestimmt. Allein deren Ergebnisse gelangen erfahrungsgemäss notwendig, selbst wenn sie nicht veröffentlicht werden sollten, zur Kenntnis der beteiligten Verkehrskreise und üben einen bestimmenden Einfluss auf das Vertrauen aus, welches dem betreffenden Institute geschenkt wird. Wenn daher die Verwaltung eines öffentlichen Kreditinstitutes dessen Bilanzen fälscht und das durch die gefälschte Bilanz geschaffene oder unterhaltene Vertrauen für weitere Geschäfte ausbeutet, so benutzt sie in arglistiger Weise einen von ihr selbst durch täuschende positive Handlungen hervorgerufenen Irrtum und handelt damit betrügerisch. Bei derartigen Geschäften einer, auf Grund einer wissentlich falschen Bilanz, agierenden Verwaltung liegt nicht einfach der Thatbestand vor, dass eine Vertragspartei die andere nicht über ihre missliche finanzielle Lage aufklärt, sondern es wird seitens der einen Vertragspartei, resp. ihrer Vertretung, ein von ihr selbst hervorgerufener Irrtum arglistig unterhalten und ausgenutzt. (Entsch. v. 21. Juli 1893 i. S. Leihkasse Uster c. Meyer.)

---

[1]) Vgl. Entscheidungen des deutsch. R.-G. in Civilsachen VIII S. 314.

106. *Konkurrenzverbote, zeitlich und örtlich unbeschränkte, Ungiltigkeit. Rückforderung des einem Angestellten als Gegenwert für das ihm auferlegte Konkurrenzverbot Bezahlten, Art. 75 O. R.*

Zeitlich und örtlich unbeschränkte Konkurrenzverbote sind für ungiltig zu erachten. Wie gemäss Art. 345 O. R. Niemand sich giltig verpflichten kann, seine Arbeitskraft für seine ganze Lebensdauer in den Dienst eines andern zu stellen, so kann auch Niemand giltig auf die Bethätigung seiner Arbeitskraft in einem bestimmten Berufe, auf die Dauer und ohne örtliche Beschränkung, im Interesse eines Andern, vertraglich Verzicht leisten. Eine derartige Stipulation beschränkt die Freiheit des Verpflichteten in einer so weitgehenden Weise, dass danach dessen wirtschaftliche Persönlichkeit als aufgehoben oder doch ihrer naturgemässen Bethätigung entzogen erscheint; sie fesselt die gesammte Erwerbskraft des Verpflichteten im Interesse eines Dritten und erscheint eben deshalb als unsittlich (s. Entsch. des B.-G. A. Slg. XVII S. 721 u. ff. Erw. 3).[1] Völlig unzweifelhaft ist dies gewiss für Vereinbarungen, welche dem Verpflichteten die Errichtung eines eigenen Geschäftes irgend welcher Art oder gar im allgemeinen die Ausübung irgend welcher Erwerbsthätigkeit untersagen würden. Allein auch ein sachlich auf einen bestimmten Beruf oder Geschäftszweig beschränktes, zeitlich und örtlich dagegen unbeschränktes, Verbot muss, in der Regel wenigstens, als ungiltig erachtet werden. Denn in dem erlernten und gewohnten Berufe und Geschäfte findet eben die wirtschaftliche Persönlichkeit ihre naturgemässe Bethätigung; Jemanden diese untersagen, heisst daher seine wirtschaftliche Kraft in ihrer wesentlichen Richtung unterbinden und lahmlegen, seine Freiheit in weitgehendster unzulässiger Weise beschränken.

Die Annahme des kantonalen Gerichts, dass die vertragliche, dem Beklagten gewährte Vergütung zu einem gewissen Teile als Gegenwert des ihm auferlegten Konkurrenzverbotes sei stipuliert und bezahlt worden, beruht auf keinem Rechtsirrtume; dieselbe ist daher vom Bundesgerichte seiner Entscheidung zu Grunde zu legen. Hievon ausgegangen ist klar, dass allerdings der Beklagte auf Kosten der Klägerin sich ungerechtfertigt bereichert hat; der betreffende Teil seines Jahresgehaltes wurde ihm zu dem Zwecke und unter der Voraussetzung gewährt, dass er, nach seinem Austritte aus dem klägerischen Hause, ein Konkurrenzgeschäft nicht errichte noch in ein solches eintrete. Diese Voraussetzung

[1] Revue Bd. X Nr. 33.

ist nicht in Erfüllung gegangen; es hat sich somit der Grund der Zuwendung jenes Teiles des Gehaltes nicht verwirklicht. Der Beklagte hat denselben ohne Grund empfangen; er ist dadurch auch gegenwärtig noch, wie er nicht bestritten hat, bereichert und daher zur Rückerstattung gemäss Art. 71 und 73 O. R. verpflichtet. Ein Fall, wo die Rückforderung wegen Unsittlichkeit des Gebers nach Art. 75 O. R. ausgeschlossen ist, liegt hier nicht vor. Denn die Zuwendung eines Vermögensvorteils an einen Angestellten, um denselben zu bestimmen, nach seinem Austritte aus dem Geschäfte kein Konkurrenzgeschäft zu errichten oder in ein solches einzutreten, enthält an sich nichts unsittliches oder rechtswidriges; die Handlung bezw. Unterlassung, welche durch die Zuwendung herbeigeführt werden soll, ist vielmehr eine durchaus erlaubte und es liegt auch darin, dass dafür ein vermögensrechtliches Aequivalent gegeben wird, nichts Unsittliches. Der Erfolg, welcher durch die Zuwendung herbeigeführt werden sollte, ist also an sich kein rechtswidriger oder unsittlicher und es steht daher, sofern derselbe sich nicht verwirklicht, einer Rückforderung des Geleisteten der Grundsatz des Art. 75 O. R. nicht entgegen. Allerdings ist das stipulierte Konkurrenzverbot, weil es eine zuweitgehende Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit enthält, ungiltig und darf daher dessen Befolgung nicht erzwungen oder Schadenersatz wegen Übertretung desselben verlangt werden. Allein als unsittlich und unzulässig erscheint eben nur die Vereinbarung rechtlichen Zwangs zu Aufrechthaltung des Verbots, nicht die durch das Verbot stipulierte Regel des Handelns an sich. Wenn daher für Befolgung der letztern eine Zuwendung gemacht worden ist, so darf dieselbe, bei Übertretung des Verbots, zurückgefordert werden. Es versagt wohl die Vertrags-, nicht aber die Bereicherungsklage. Der Vertrag ist zwar ungiltig, allein der Thatbestand des Art. 75 O. R. liegt nicht vor; vgl. Pataille Annales Bd. 27 S. 321. (Entsch. v. 3. Juni 1893 i. S. Schmidt, Bauer & Cie c. Wasmer.)

---

107. *Art. 202 Abs. 2 und Art. 210 O. R. Sicherstellung von Forderungen durch Verkauf von Mobilien, Übertragung des Besitzes und Eigentums durch constitutum possessorium. Anfechtung eines solchen Geschäfts durch die Gläubiger des Verkäufers.*

1. Aus der Thatsache für sich allein, dass das Geschäft zum Zwecke der Sicherstellung einer Forderung des Klägers

abgeschlossen wurde, folgt nicht, dass der Wille der Parteien nicht auf Kauf und Eigentumsübertragung, sondern auf Verpfändung gerichtet gewesen sei. Der gedachte Zweck schliesst an sich die Ernstlichkeit des Kaufs- und Eigentumsübertragungswillens nicht aus. Trotz dieses Zweckes können vielmehr die Rechtsfolgen von Kauf- und Eigentumsübertragung ernstlich gewollt sein. Denn an sich steht ja nichts entgegen, dass die Sicherstellung einer Forderung durch Übereignung von Sachen erfolge. Wenn ein Schuldner dem Gläubiger eine Sache verkauft und übergiebt mit der Beredung, dass der Kaufpreis auf die Schuld verrechnet werde, dem Schuldner aber freistehen solle, die Sache gegen Rückerstattung des Kaufpreises binnen bestimmter Frist zurückzuerwerben, so verfolgt das Geschäft ökonomisch den Zweck der Sicherstellung der Forderung; nichtsdestoweniger enthält dasselbe juristisch einen giltigen Kauf. Auch daraus, dass hier der Gewahrsam zunächst, zufolge des Mietvertrages, beim Veräusserer bleiben sollte, ergiebt sich an sich nicht, dass die Parteien die Rechtsfolgen von Kauf- und Eigentumsübertragung nicht gewollt haben, denn mit dem Eintreten dieser Rechtsfolgen ist gemäss Art. 202 O. R. das vereinbarte Zurückbleiben des Gewahrsams beim Veräusserer nicht unvereinbar.

2. Art. 210 O. R. bezieht sich seinem Wortlaute nach nur auf die Verpfändung; es kann nun nicht ohne weiteres angenommen werden, dass er trotzdem nicht nur die Verpfändung im Auge habe, sondern schlechthin alle Geschäfte betreffe, durch welche einem Gläubiger an beweglichen Sachen seines Schuldners, unter Belassung des Gewahrsams bei letzterm, ein seine Forderung sicherndes dingliches Recht eingeräumt werden wolle. Wenn auch die wirtschaftliche Wirkung einer zu Sicherung einer Forderung durch const. poss. vollzogenen Übereignung wesentlich die gleiche ist, wie diejenige einer Verpfändung ohne Besitzübergabe, so ist doch die Rechtsform, vermittelst welcher diese Wirkung erzielt wird, eine verschiedene. Und nun kann nicht gesagt werden, dass Art. 210 O. R. auf dem allgemeinen Grundsatz beruhe, dass überhaupt jede Belastung beweglichen Vermögens Dritten gegenüber äusserlich erkennbar sein müsse, so dass jede äusserlich nicht erkennbare Belastung schlechthin, ohne Unterscheidung der dafür benützten Rechtsform, verboten sei. Neben Art. 210 O. R. steht eben Art. 202, welcher die Eigentumsübertragung durch const. poss., ohne Rücksicht auf ihren Zweck, zulässt und nur für den Fall, dass eine Benachtei-

ligung Dritter beabsichtigt wird, diese Dritten schützt (vgl. übrigens im gegenteiligen Sinne die beachtenswerten Ausführungen von Bähr, Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen S. 52 u. ff., auch Entsch. des Civilgerichts Baselstadt Revue der Gerichtspraxis III Nr. 85).

3. Der Thatbestand des Art. 202 Abs. 2 O. R. wäre dann gegeben, wenn beim Geschäftsabschlusse Veräusserer und Erwerber das Bewusstsein hatten, dass infolge der Veräusserung andere Gläubiger ihre Aussicht auf Befriedigung aus dem Vermögen des Veräusserers ganz oder teilweise einbüssen; vgl. darüber Entsch. d. B.-G. A. Slg. Bd. 13 S. 227 u. ff. Erw. 4 u. f.[1]) (Entsch. v. 6. März 1893 i. S. Drexler c. Triefus.)

---

108. *Art. 229 und 106 O. R. Alternativer Kauf, mit Wahlrecht des Käufers. Verzug des Käufers in Ausübung des Wahlrechts, Wirkungen.*

Verkauft sind zwei Wagenladungen bezw. 10000 Kg. Oefen, wie sie von der klägerischen Fabrik nach den Prospekten und Preislisten derselben gehalten werden, zu den in diesen Preislisten angegebenen (für die verschiedenen Typen verschiedenen) Preisen mit 30% Rabatt. Die Waare ist also der Gattung und dem Gesamtgewichte nach bestimmt und ebenso sind es auch die Faktoren der Preisbestimmung. Allerdings ist dabei dem Käufer vorbehalten, zu bestimmen, in welchen der durch die klägerischen Prospekte und Preislisten gegebenen Ofentypen er beziehen wolle. Allein dieses Wahlrecht des Käufers schliesst das Vorhandensein eines bindenden Kaufes nicht aus. Der Kauf ist wohl als ein alternativer, bei welchem die Auswahl zwischen verschiedenen, vertraglich vorgesehenen, Sorten der Waare dem Käufer eingeräumt ist, zu betrachten; er ist aber ein vollkommen gültiger und bindender Kauf.

Hat der Käufer trotz Aufforderung und trotz der unbestrittenen Erfüllungsbereitschaft des Verkäufers die Wahl nicht getroffen, so ist er gemäss Art. 106 O. R. in Annahmeverzug gerathen. Denn er hat die Vornahme einer ihm obliegenden Vorbereitungshandlung, ohne welche der Verkäufer zu erfüllen nicht im Stande war (der Spezifikation), ungerechtfertigterweise verweigert, und hierin erblickt das Gesetz

---

[1]) Revue Bd. V Nr. 115.

den Thatbestand des Annahmeverzugs. Nun sind in Fällen der vorliegenden Art, bei alternativem Kaufe mit Wahlrecht des Käufers, die Erfüllungssurrogate, welche das Gesetz (Art. 107 und 108 O. R.) dem Schuldner bei Annahmeverzug des Gläubigers zur Verfügung stellt (Hinterlegung, geeignetenfalls Selbsthülfeverkauf), wohl kaum anwendbar, da eben noch nicht feststeht, welcher der verschiedenen in obligatione befindlichen Gegenstände wirklich zu leisten ist. Ebensowenig bestimmt das Gesetz, dass bei Säumniss des Gläubigers in Ausübung seines Wahlrechts dieses auf den Schuldner übergehe, und es darf daher diese präjudizierliche Rechtsfolge an den Verzug des Gläubigers nicht ohne Weiteres geknüpft werden. Dagegen muss denn allerdings dem Schuldner das Recht zustehen, gegen den Gläubiger auf Ausübung seines Wahlrechts bezw. auf Vornahme der Spezifikation zu klagen, da dem Schuldner dadurch erst die Befreiung von seiner Verpflichtung ermöglicht wird. (Entsch. v. 9. Juni 1893 i. S. Eisinger c. Hansen.)

---

109. *Art. 589 O. R. Entlassung eines ausgetretenen Kollektivgesellschafters seitens eines Gesellschaftsgläubigers durch Fortsetzung eines Kontokurrentverhältnisses mit der Gesellschaft.*

Zwischen der Gesellschaft Z. W. & Cie und dem Bankhause Z. & Cie bestand ein eigentliches Kontokurrentverhältnis; nach dem Ausscheiden des Z. aus der Gesellschaft Z. W. & Cie wurde dieses Verhältnis fortgesetzt. Der Kontokurrent wurde auf die nunmehrige Gesellschaftsfirma L. W. & Cie übergeschrieben und der anerkannte Saldo auf neue Rechnung dieser Firma übertragen. In der Folge fanden wiederholte Kontokurrentabschlüsse statt, bei welchen jeweilen der frühere Saldo in dem anerkannten Saldo der neuen Rechnung aufging. Nun mag dahingestellt bleiben, ob (wie diess das deutsche Reichsgericht in wiederholten Entscheidungen, Bd. 10, S. 51 u. ff., Bd. 28, S. 246 u. ff. angenommen hat) aus der Natur des Kontokurrentvertrages nothwendig folge, dass die (einverständliche) Übertragung eines anerkannten Kontokurrentsaldos in neue Rechnung jedenfalls dann, wenn diese neue Rechnung ihrerseits durch gemeinsame Feststellung eines neuen Saldo abgeschlossen worden ist, stets Novationswirkung oder novationsähnliche Wirkung besitze, so dass die alte Saldoforderung mit den für sie bestehenden Sicherheiten und Haftungen in allen Fällen untergehe. Sollte nämlich auch diesem Grundsatze in dieser All-

gemeinheit und Unbedingtheit nicht beizutreten sein, so ist doch jedenfalls festzuhalten, dass wenn ein Kontokurrentverhältnis mit einer Gesellschaft von der andern Kontokurrentpartei, nach ihr bekannt gegebenem Ausscheiden eines Gesellschafters, durch Übertragung des Saldo auf neue Rechnung und Saldierung dieser Rechnung, vorbehaltlos fortgesetzt wird, in der Regel angenommen werden muss, es habe damit die frühere Kontokurrentschuld und mit ihr die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters, aufgehoben werden wollen. Der Kontokurrentvertrag fasst die während der vereinbarten Rechnungsperiode erfolgenden Leistungen der Parteien derart zu einer Einheit zusammen, dass nur die durch den Rechnungsabschluss zu ermittelnde Differenz zwischen der Gesammtleistung beider Theile (zwischen dem Gesammtkredit und Gesammtdebet), der Saldo, eingefordert werden darf, während die einzelnen Leistungen der Parteien während der Rechnungsperiode nur Rechnungsposten für die Saldofeststellung, keine selbständig geltend zu machenden Ansprüche begründen. Wird der Saldo einer abgeschlossenen Rechnungsperiode nicht bezahlt, sondern (einverständlich) auf neue Rechnung vorgetragen, so verliert auch er seine selbständige Natur und wird zu einem Posten dieser neuen Rechnung, bestimmt, in dem Saldo derselben aufzugehen. Durch die gemeinsame Feststellung des Saldo der neuen Rechnung wird eine auf selbständigem Fundament beruhende neue Saldoforderung, in welcher der frühere Saldo aufgegangen ist, geschaffen. Diese Rechtsgestaltung legt den Schluss nahe, dass nach der Absicht der Parteien, bei vorbehaltloser Konstituierung einer neuen Saldoforderung, die frühere Saldoforderung in allen Teilen durch jene ersetzt werden wolle, und es darf dies daher in der That, als dem regelmässigen Parteiwillen und wohl auch der Handelsübung entsprechend, angenommen werden, sofern nicht im Einzelfalle besondere Umstände dagegen sprechen. (Entsch. v. 23. Juni 1893 i. S. Zündel & Cie c. Zollinger.)

---

110. *Versicherungsvertrag. Stellung der Versicherungsagenten, Anerkennung der Ersatzpflicht durch solche.*

Die Befugnis eines Agenten (selbst wenn derselbe den Titel eines Generalagenten führt), die Ersatzpflicht der Gesellschaft nachträglich, sei es im Prinzip, sei es dem Masse nach, verbindlich anzuerkennen, folgt nicht von selbst aus der Stellung des Agenten, welcher lediglich zur Vermittlung

des Geschäftsverkehrs zwischen dem Versicherten und dem Versicherungsinteressenten berufen ist. Es bedarf dazu vielmehr einer dem Agenten erteilten Spezialvollmacht; s. Ehrenberg, Versicherungsrecht I. S. 235. (Entsch. v. 16. Juni 1893 i. S. Soleil c. Blumer, Marty, Rhyner & Cie.)

---

**111.** *Unfallversicherung; Begriff des Unfalls, Hitzschlag als solcher.*

Die Frage, ob Tötung des Versicherten durch Hitzschlag als Unfall im Sinne des Versicherungsvertrages erscheine, ist keine reine Thatfrage, rücksichtlich welcher die kantonale Entscheidung für das Bundesgericht verbindlich wäre. Allerdings handelt es sich um eine Frage der Willensauslegung, allein für deren Beantwortung kommen Rechtsbegriffe und Rechtssätze in Betracht. Die Frage ist nicht die, ob die Parteien beim Vertragsschlusse unter dem Ausdrucke „Unfall“ Schädigungen durch Hitzschlag (überhaupt oder unter gewissen Umständen) thatsächlich mitverstanden, an diese Fälle thatsächlich gedacht haben; es steht auch nicht die Auslegung einer vertraglich festgestellten Begriffsbestimmung in Frage. Vielmehr enthält die Einzelversicherungspolice keine Begriffsbestimmung des Unfalls; sie nimmt diesen Begriff in demjenigen Sinne auf, in welchem derselbe sich überhaupt im Versicherungsrecht herausgebildet hat. Es handelt sich also um Feststellung und Anwendung des versicherungsrechtlichen Begriffs des Unfalls.

Die Einzelversicherungspolice bestimmt die Unfälle, für deren Schadensfolgen die Versicherungsgesellschaft einzustehen hat, näher als Unfälle, welche den Versicherten bei seiner berufs- resp. gewohnheitsmässigen Beschäftigung oder ausserhalb derselben, wie auch auf Reisen innerhalb der Grenzen Europas unfreiwillig und ohne grobe Verschuldung seinerseits, durch äussere gewaltsame Veranlassung treffen. Die Versicherung ist also nicht auf die Gefahren eines bestimmten Berufes oder Gewerbes, oder auf Gefahren des Reisens und drgl. beschränkt, sondern sie umfasst, innerhalb der örtlichen Grenzen ihrer Geltung, alle Unfälle, welche den Versicherten unfreiwillig und ohne grobe Verschuldung seinerseits durch äussere gewaltsame Veranlassung treffen. Dagegen umfasst die Versicherung nicht alle Störungen der körperlichen Integrität, sondern nur solche, welche die Folge von „Unfällen“ sind. Als Unfall im Sinne der Haftpflicht- und Unfallversicherungsgesetze erscheint nun aber die körper-

schädigende plötzliche und unfreiwillige Einwirkung eines äussern Geschehnisses auf einen Menschen (s. Rosin, Archiv für öffentliches Recht III, S. 296 u. ff., insbes. 319, und Handbuch der Unfallversicherung S. 26). Ausgeschlossen vom Begriffe des Unfalls sind demnach die Wirkungen pathologischer Vorgänge, welche ihre Ursache lediglich im Innern des menschlichen Organismus haben, nicht durch akute plötzliche äussere Einwirkung hervorgerufen werden. Dagegen ist für Vorhandensein eines Unfalles nicht gefordert, dass die Körperbeschädigung durch rein mechanische Einwirkung herbeigeführt werde, dass eine äusserliche Körperverletzung, Verwundung und drgl. stattfinde. Als Unfall erscheinen vielmehr auch plötzliche, von Aussen kommende Einwirkungen auf Muskeln, Nerven oder Blutbahnen, welche ohne Verletzung der äussern Körperbeschaffenheit innere Organe affizieren; ja es fällt unter den Begriff des Unfalls wohl auch die rein psychische körperschädigende Einwirkung durch plötzlichen Schrecken und drgl. In diesem Sinne darf der Begriff des Unfalls auch für die hier in Frage stehende Einzelversicherungspolice aufgefasst werden. Deren Fassung ergiebt keinen Anhaltspunkt dafür, dass ihr eine andere Auffassung des Unfallsbegriffs zu Grunde liege, und es kann auch nicht etwa gesagt werden, dass in der Praxis der privaten Unfallversicherung sich allgemein ein anderer fester und bestimmter Begriff des Unfalls ausgebildet habe. Wenn die Police davon spricht, dass der Unfall den Versicherten infolge äusserer gewaltsamer Veranlassung müsse getroffen haben, so soll mit diesem Worte offenbar hervorgehoben werden, dass die schädigende Einwirkung des äussern Geschehnisses, um sich als Unfall zu qualifizieren, eine plötzliche sein müsse, nicht etwa eine allmälige, während längerer Zeit nach und nach sich entwickelnde sein dürfe, und dass sie als Wirkung einer äussern Gewalt müsse bezeichnet werden können (s. Honegger, der Begriff des Unfalls (accident) in der sog. Unfallversicherung, S. 57 u. ff.). Dagegen kann diesem Worte nicht die Bedeutung einer Beschränkung der Versicherung auf schädigende Einwirkungen rein mechanischer Natur, oder gar auf derartige Einwirkungen, welche sich mit besonderer „Gewalt“ vollziehen, beigemessen werden. Denn durch eine derartige Auslegung würde man eine Reihe von Fällen von der Versicherung ausschliessen, welche durch dieselbe zweifellos gedeckt werden sollen, z. B. Fälle der Körperverletzung oder Tötung durch plötzliches Ausströmen giftiger Dämpfe oder Gase u. drgl. In der That kann daher in dem Adjektiv „ge-

waltsam“ hier etwas anderes nicht gefunden werden, als der Ausdruck des Gedankens, dass zum Thatbestande des Unfalls die plötzliche, momentane Einwirkung einer äussern Gewalt gehöre.

Der Hitzschlag entsteht nur (wie die gerichtliche Expertise sich ausdrückt) dann, wenn unter der Macht gewisser accidenteller Umstände, welche die Produktion der Körperwärme steigern oder den Abfluss der produzierten Wärme behindern, die individuell verschieden angelegten und darum auch individuell verschieden mächtigen Faktoren der physiologischen Wärmeregulierung, durch welche das normale Wärmegleichgewicht des Körpers für gewöhnlich fest behauptet wird, auf einmal insuffizient werden, weil sie überanstrengt wurden. Der Hitzschlag ist also nicht, wie etwa ein Blutsturz oder ein Herzschlag, welche in natürlicher Fortentwicklung eines Lungen- oder Herzleidens eintreten, lediglich der Abschluss einer konstitutionellen Krankheit, das Ende eines pathologischen Prozesses im Innern des menschlichen Organismus, sondern er ist die plötzliche, binnen weniger Stunden sich entwickelnde Wirkung äusserer accidenteller Ursachen. Daher liegt denn hier ein Unfall in der That vor. Dass für das Eintreten des Hitzschlages die individuelle Prädisposition von Bedeutung ist, dass speziell der Versicherte wegen seiner Korpulenz besonders gefährdet war, ändert hieran nichts. Die körperschädigende Wirkung äusserer Einflüsse ist ja überhaupt mannigfach individuell bedingt; z. B. ist bekanntlich die Empfänglichkeit für manche Gifte u. drgl. individuell sehr verschieden; nichtsdestoweniger liegt auch dann, wenn ein für den betreffenden Einfluss individuell besonders Empfänglicher dadurch geschädigt wird, eben eine Schädigung durch äussere Einflüsse und nicht eine innere Erkrankung vor. Ebensowenig kann der Begriff des Unfalls hier deshalb ausgeschlossen werden, weil eine infolge atmosphärischer Einflüsse eingetretene Krankheit vorliege, solche Krankheiten aber nicht als „Unfall“ aufzufassen seien. Die Merkmale des Unfallsbegriffs, die plötzliche körperschädigende Einwirkung eines äussern Thatbestandes, liegen vor. Wollte die Versicherungsgesellschaft Hitzschlag u. drgl. überhaupt von der Versicherung ausschliessen, so musste sie dies ausdrücklich aussprechen; sie hat die Versicherungsbedingungen abgefasst; wollte sie solche Thatbestände, welche nach dem Sprachgebrauche des täglichen Lebens und der Gesetze sich als „Unfall“ qualifizieren, von der Versicherung nichtsdestoweniger ausschliessen, so musste sie dies klar und unzweideutig aus-

sprechen. Wenn sie dies unterlassen hat, so ist, nach bekanntem Auslegungsgrundsatze, die Police zu ihren Ungunsten auszulegen. Nur dann etwa könnte der Hitzschlag von der Versicherung ausgeschlossen werden, wenn derselbe, nach den gegebenen Verhältnissen, sich als eine gleichsam normale Wirkung klimatischer Einflüsse qualifizierte, welche nichts aussergewöhnliches an sich hat, sondern bei längerm Verweilen in der Sonnenhitze mit einer gewissen Regelmässigkeit einzutreten pflegt, wie dies vielleicht in tropischen Gegenden der Fall sein mag. Allein hievon kann hier gewiss keine Rede sein. (Entsch. v. 3. Juni 1893 i. S. Deubelbeiss c. Zürich.)

---

112. *Art. 6 Abs. 2 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes, Rektifikationsvorbehalt wegen vermehrter Auslagen für Abwart und Pflege*

Ist, nach Gestalt der Sache, möglich, dass dem Verletzten durch spätere Verschlimmerung seines Gesundheitszustandes Auslagen für besondere Abwartung und Pflege u. dgl. erwachsen, die er ohne den Unfall nicht gehabt hätte und für die ihm unter dem Titel weiterer Heilungskosten Ersatz gebührt, so ist mit Rücksicht auf diese Eventualität der Rektifikationsvorbehalt gerechtfertigt. (Entsch. v. 20. Juli 1893 i. S. Zeller c. Jura-Simplonbahn.)

---

113. *Fabrikhaftpflichtgesetz, Verhältnis desselben zum gemeinen Recht, Art. 50 ff. O. R. Haftpflicht des Betriebsunternehmers und anderer Personen.*

Die Haftpflicht des Betriebsunternehmers einer Fabrik für Betriebsunfälle ist durch die Fabrikhaftpflichtgesetzgebung abschliessend und erschöpfend normiert (s. Art. 888 O. R.); es konkurriert nicht etwa mit der spezialgesetzlichen Haftpflicht des Betriebsunternehmers eine Verantwortlichkeit desselben nach Massgabe der Vorschriften des O. R. über die Schadenersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen.

Dagegen normiert das Fabrikhaftpflichtgesetz bloss die Haftpflicht des Betriebsunternehmers (des Fabrikanten); mit der Verantwortlichkeit anderer Personen, seien dieselben nun Repräsentanten oder Angestellte des Fabrikherrn oder nicht, welche durch schuldhaftes, widerrechtliches Thun die Körperverletzung oder Tötung eines Arbeiters herbeiführen, beschäftigt sich das Fabrikhaftpflichtgesetz, wie sein ganzer Inhalt deutlich zeigt, nicht; dieselbe richtet sich daher einfach nach dem gemeinen Rechte; s. Entsch. d. B-Ger. A. Slg.

Bd. 16, S. 154, Erw. 4.[1]) — (Entsch. v. 12. Mai 1873 i. S. Senn c. Aluminium-Industriegesellschaft Neuhausen.)

---

**114.** *Fabrikhaftpflicht; Pflicht des Fabrikinhabers zur Anbringung von Schutzvorrichtungen.*

Es ist ohne Zweifel die Pflicht des Inhabers eines gewerblichen Etablissements, Leben und Gesundheit seiner Arbeiter gegen die Gefahren, welche ihnen durch die maschinellen Einrichtungen drohen, möglichst zu sichern und zu diesem Zwecke die den Umständen angemessenen und durch die technische Wissenschaft und Erfahrung angeratenen Schutzvorrichtungen anzubringen. (Entsch. v. 30. Juni 1893 i. S. Kaisling c. Merzluft.)

---

**115.** *Art. 12 des Fabrikhaftpflichtgesetzes, Unterbrechung der Verjährung der Ansprüche aus solchen.*

Die Fabrikhaftpflichtgesetze enthalten (abweichend vom Eisenbahnhaftpflichtgesetze) keine Sonderbestimmungen über die Unterbrechung der Verjährung. Es greifen daher die allgemeinen Bestimmungen des O. R. Platz, welche (soweit nicht Spezialgesetze abweichende Vorschriften enthalten) für die Verjährung aller (bundesrechtlichen) Ansprüche gelten, mag nun die Verjährungsfrist im O. R. selbst oder in andern Gesetzen bestimmt sein (s. Entsch. A. Slg. Bd. 18, S. 927, Erw. 2)[2]). Anders wäre dies allerdings dann, wenn Art. 12 des Fabrikhaftpflichtgesetzes nicht eine Verjährung, sondern eine Verwirkungsfrist statuierte. Allein dies ist offenbar nicht der Fall. Art. 12 des Fabrikhaftpflichtgesetzes führt, wie sein Wortlaut deutlich zeigt, eine besondere kurze Verjährung ein, nicht eine Verwirkungsfrist. Wenn der Anwalt des Beklagten heute darauf hingewiesen hat, dass jedenfalls die in Art. 13 des Fabrikhaftpflichtgesetzes für Begehren und Rektifikation eines Urteils bestimmte Frist nur durch Klageanhebung unterbrochen werden könne, so ist dies nicht beweisend. Auch wenn die Frist des Art. 13 cit. nur durch Klagerhebung unterbrochen werden kann, so beweist dies doch nichts für die Unterbrechung der in Art. 12 normierten Verjährung. Denn in den Fällen des Art. 13 handelt es sich eben speziell um Rektifikation eines Urteils, welche nur durch den Richter geschehen kann, nicht um die Geltendmachung der ursprünglichen Schadenersatzforderung.

---

[1]) Revue VIII Nr. 62 Ziff. 3.
[2]) Revue IX Nr. 72.

Nach Art. 154 O. R. wird die Verjährung auch durch die Betreibung unterbrochen und diese ist in casu innerhalb der einjährigen Verjährungsfrist des Art. 12 des Fabrikhaftpflichtgesetzes angehoben worden. (Entsch. v. 30. Juni 1893 i. S. Ackermann c. Strebel.)

---

**116.** *Art. 331 und 287 B.-Ges. betr. Schuldbetreibung und Konkurs, Anfechtungsklage, zeitliche Anwendung der bundesgesetzlichen Bestimmung. Natur der in Art. 287 Abs. 2 aufgestellten Regel. Verhältnis dieser Bestimmung zum frühern zürcherischen Rechte.*

Art. 331 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs stellt in Bezug auf die zeitliche Anwendung des Rechts den Grundsatz auf, dass die Bestimmungen des neuen Rechts auch auf Anfechtungsklagen gegen solche Rechtshandlungen Anwendung finden, welche vor dem 1. Januar 1892 vorgenommen worden seien, sofern die frühere kantonale Gesetzgebung die Anfechtung zuliess. Das neue Recht ist also für die Anfechtung früherer Rechtshandlungen nicht schlechthin massgebend, sondern nur insoweit als auch das ältere Recht die Anfechtung der Handlung zuliess. Mit a. W. das Bundesgesetz stellt, in Übereinstimmung mit § 9 des Einführungsgesetzes zur deutschen Konkursordnung und § 14 des deutschen Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879, das Prinzip auf, dass frühere Rechtshandlungen nur dann mit Erfolg angefochten werden können, wenn sie sowohl nach dem neuen als nach dem alten Rechte anfechtbar sind. Massgebend ist das mildere, dem Anfechtungsbeklagten günstigere Gesetz. Eine Rechtshandlung, welche nach dem Gesetze der Zeit ihrer Vornahme nicht anfechtbar war, bleibt giltig und unanfechtbar, auch wenn sie nach dem im Schutze der Gläubigerrechte weitergehenden neuen Rechte sollte angefochten werden können; das neue Gesetz dagegen kommt insofern in Betracht, als im Schutze der Gläubigerrechte, auch frühern Rechtshandlungen gegenüber, nicht weiter gegangen werden darf, als seine Vorschriften dies bestimmen. Frühere Rechtshandlungen also, welche nach dem Gesetze der Zeit ihrer Vornahme anfechtbar gewesen sein sollten, können nach dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes nicht mehr angefochten werden, wenn dieses eine Anfechtungsklage aus dem betreffenden Thatbestande nicht giebt. Diese Bestimmungen entsprechen allgemeinen Grundsätzen (s. Kohler, Lehrbuch

des Konkursrechtes S. 685); sie gelten auch, wie der Vorinstanz ohne weiteres zuzugeben ist, sowohl für die Anfechtung im Konkurse als ausserhalb desselben.

Angefochten ist nun im vorliegenden Falle eine, unter der Herrschaft des kantonalen, zürcherischen Rechts vollzogene Pfandbestellung, nachdem über den Schuldner der Konkurs unter der Herrschaft des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (weniger als 6 Monate nach der Pfandbestellung) ausgebrochen ist. Das Bundesgesetz (Art. 287) erklärt als anfechtbar, sofern der Schuldner sie innerhalb der letzten sechs Monate vor der Pfändung oder Konkurseröffnung vorgenommen hat und im Zeitpunkte der Vornahme bereits überschuldet war, u. a. die Begründung eines Pfandrechts zur Sicherung bereits bestehender Verbindlichkeiten, deren Erfüllung sicher zu stellen der Schuldner nicht schon früher verpflichtet war. Die Anfechtbarkeit ist indessen ausgeschlossen, wenn der Begünstigte beweist, dass er die Vermögenslage des Schuldners nicht gekannt hat. Dagegen hatte § 1104 des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches als anfechtbar erklärt Veräusserungen einzelner Vermögensbestandteile (wozu auch die Verpfändung gerechnet wurde), welche der Gemeinschuldner vor dem wirklichen Ausbruche des Konkurses in der Absicht, die Gläubiger zu schädigen, an einen Dritten, der davon wusste oder wissen musste, vorgenommen hat. Danach kann nicht zweifelhaft sein, dass das Bundesgesetz im Schutze der Gläubigerrechte weiter geht, dem Anfechtungsbeklagten ungünstiger ist, als das kantonale zürcherische Recht dies war. Nach dem Bundesgesetze hat der Anfechtungskläger in concreto nur zu beweisen, dass im Zeitpunkte der Verpfändung (soweit diese zu Sicherung bereits bestehender Verbindlichkeiten geschah) der Schuldner bereits überschuldet war; damit hat er das Fundament seiner Klage nachgewiesen. Der Anfechtungsbeklagte kann deren Zuspruch nur dadurch abwenden, dass er seinerseits beweist, er habe von der Vermögenslage des Schuldners keine Kenntnis gehabt. Nach dem zürcherischen Rechte dagegen gehörte zu dem vom Anfechtungskläger nachzuweisenden Klagefundamente die Thatsache, dass der Anfechtungsbeklagte um die Absicht des Schuldners, seine Gläubiger zu benachteiligen, wusste oder wissen musste. Das Bundesgesetz lässt also die Anfechtungsklage unter Voraussetzungen zu, welche nach dem zürcherischen Rechte zu deren Begründung nicht genügten; es hat damit den Umfang der Anfechtbarkeit der Rechtshandlungen des Schuldners gegenüber dem zürch. Ge-

setze erweitert (vgl. Entsch. des deutschen R. G. Bd. 12 S. 138 u. ff.). Danach ist dann gemäss der Regel des Art. 331 des Bundesgesetzes hier das kantonale und nicht das eidgenössische Gesetz anzuwenden.

Die Regel des Art. 287 des B.-G. über Schuldbetreibung und Konkurs, dass bis zum Nachweise des Gegenteils anzunehmen sei, der Anfechtungsbeklagte habe von der Vermögenslage des Schuldners Kenntnis gehabt, ist materiellrechtlicher Natur, keine blosse Beweisregel. Sie entkleidet die Rechtshandlungen, auf welche sie sich bezieht, ihrer normalen Rechtswirkung, indem, im Gegensatze zu den sonst allgemein geltenden Regeln, der böse Glaube der Partei ohne weiteres unterstellt und daher, sofern nicht im Wege des Gegenbeweises der gute Glaube dargethan wird, das Geschäft als anfechtbares aufgehoben wird. Sie regelt damit in der That die Voraussetzungen des Anfechtungsanspruches in einer von dem früheren zürcherischen Rechte abweichenden Weise. Es ist denn auch klar, dass diese Vorschrift eine praktisch tief einschneidende ist, welche, wenn sie auf frühere Geschäfte angewendet würde, die unter dem frühern Rechte erworbene Rechtsstellung des Anfechtungsbeklagten wesentlich verschlechtern würde. (Entsch. v. 8. Juli 1893 i. S. Leihkasse Uster c. Kantonalbank Zürich.)

---

117. *Art. 33—34, 10 ff. B.-G. betr. die civilrechtl. Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter vom 25. Juni 1891. Anwendbarkeit der Bestimmungen dieses Gesetzes betr. die Vormundschaft auf Ausländer.*

Vorbehältlich abweichender Bestimmungen von Staatsverträgen finden die Bestimmungen des obigen B.-G. betreffend Vormundschaft, Art. 10 ff., auch Anwendung auf die in der Schweiz wohnenden Ausländer. (Entsch. v. 7. Juli 1893 i. S. Gourieff.)

---

## B. Entscheide kantonaler Gerichte.

---

118. *Wohnsitz. Voraussetzungen. Art. 59 B.-V.*

**Bern.** Urteil des App.- und Kass.-Hofes vom 15. Dezember 1892 i. S. Thönen c. Leemann.

Leemann-Boller, wohnhaft in Zollikon (Zürich), kaufte 1886 von Thönen in Frutigen die Blauseebesitzung im Kandergrund und hielt sich daselbst seither gewöhnlich während des Sommers auf, betrieb auch ein Gastwirtschaftsgewerbe und bezog Eintrittsgelder von den Besuchern des Blauen Sees. Im Jahre 1890 klagte Thönen gegen ihn vor Richteramt Frutigen einen persönlichen Anspruch, wie es scheint aus jenem Kaufvertrage, ein. Leemann liess sich zuerst darauf ein, erklärte dann aber in der Duplik die Reform und verlangte Abweisung der Klage wegen Inkompetenz des Berner Gerichtes. Der App.- und Kass.-Hof entsprach diesem Begehren.

Motive: Es kann sich nur darum handeln zu prüfen, ob L. neben seinem Hauptdomizil in Zollikon eine Zweigniederlassung am Blausee besitzt, eventuell, ob er am letzteren Orte für andere als die mit dem dortigen Wirtschaftsbetriebe im Zusammenhange stehenden Ansprüche belangt werden darf. Erstere Frage ist zweifellos zu bejahen, denn es steht fest, dass L. sich seit Jahren, so auch 1890, während der Sommermonate am Blausee aufhält und zwar nicht bloss zur Erholung, sondern zum Betriebe seiner dortigen Wirtschaft. Durch die Beweisführung ist hergestellt, dass er, obschon er den fraglichen Betrieb verpachtet hatte, doch in einer Weise sich benahm, welche das Publikum zum Glauben verleiten musste, er führe das Geschäft auf eigene Rechnung. Er bezog die Eintrittsgebühren, er half bei der Wirtschaft, .... das Patent pro 1890—92 lautete auf seinen Namen, er zahlte die Patentgebühr und die Einkommensteuer. Dagegen fehlt jeder sichere Anhaltspunkt dafür, dass L. jemals die erkennbare Absicht an den Tag gelegt, den Blausee für eine andere als die mit dem dortigen Wirtschaftsbetriebe in unmittelbarem Zusammenhange stehende Geschäftssphäre zum Mittelpunkt seiner Thätigkeit zu machen, denn als der Kaufvertrag am 10. März 1886 zwischen den Parteien abgeschlossen wurde, wussten diese, dass L. seinen Wohnsitz in Zollikon hatte, die Korrespondenz erfolgte zwischen Th. in Frutigen und L. in Zollikon, im Kaufvertrage wurde L.

bloss als Eigentümer der Blauseebesitzung, nicht aber als daselbst domiziliert bezeichnet, der Kaufvertrag ist vom Betrieb der Wirtschaft und von der Fremdenpension am Blausee durchaus unabhängig, die Parteien sind darüber einverstanden, dass die eingeklagte Forderung ein rein persönlicher Anspruch ist, so dass nach Art. 59 B.-V. der Beklagte dafür vor dem Richter seines ordentlichen Wohnsitzes im Kanton Zürich gesucht werden muss. Was die Unterziehung des L. unter den bernischen Gerichtsstand im reformierten Prozesse gegen Th. betrifft, so ist solche gemäss § 69 P. O. durch seine Reformerklärung als dahingefallen zu betrachten.

(Zeitschr. des Bern. Jur. Ver. XXIX S. 346.)

---

119. *Erreur essentielle de l'acheteur qui croit que les marchandises sont cotées en francs, alors qu'en réalité elles lui sont facturées en florins. Nullité du contrat avec restitution du bénéfice réalisé par l'acheteur sur la revente des marchandises. Art. 1, 18, 19 C. O.*

**Vaud.** Jugement du Tribunal cantonal du 13 juin 1893 d. l. c. Eichhorn c. dame Nyffenegger.

F. Eichhorn, à Vienne (Autriche), a offert, par l'intermédiaire d'un voyageur, à Anna Nyffenegger, modiste, à Yverdon, ses services sans parler des prix des marchandises qu'il offrait. Peu de temps après, A. N. écrivit à F. E. de lui envoyer des échantillons de gants et des prix-courants, ce qui fut fait par celui-ci. Les prix-courants envoyés par E. indiquaient le prix des marchandises en chiffres qui n'étaient accompagnés d'aucune mention, lettre ou signe qui pût faire croire qu'il s'agissait d'autre espèce de monnaie que de francs. Les échantillons étaient accompagnés d'une facture dont les chiffres étaient précédés de la lettre f, entourée de divers jambages ou déliés sans signification connue pour A. N. Le trait final de la lettre fl pouvait à volonté passer pour la lettre r ou la lettre l, mais en fait, les prix sont indiqués öwfl (florins autrichiens), signe inconnu du grand public et du petit négociant qui, comme A. N., n'a pas fait d'apprentissage de commerce. — A. N. a commandé dès lors à diverses reprises des gants à E. Dans ses commandes, elle rappelait les prix des gants en francs, tandis que dans les factures de E., les prix étaient indiqués en florins. A. N. a revendu les gants en calculant le prix de vente dans l'idée que les prix réclamés d'elle étaient portés en francs dans les factures. Elle a ainsi vendu ces gants à raison de fr. 2 la

paire, en partant de l'idée que E. ayant facturé fl. 18 la douzaine de paires de gants, le prix était de fr. 18 et non de 18 florins. — Il est d'usage à Yverdon et sur les autres places du pays, que les marchandises étrangères qui y sont offertes sont cotées en francs et centimes. Il n'y a d'exception que lorsque le client le demande dans le but de bénéficier du change. La lettre f accompagnant l'indication du prix des marchandises signifie, d'après les usages du commerce, francs. Depuis huit ans, A. N. achète des gants de maisons d'Allemagne et d'Autriche qui n'ont jamais traité avec elle qu'en francs et centimes.

Dans le procès intenté par F. E. la défenderesse a offert fr. 56. 80 pour solde de compte. Si les factures qu'elle a reçues étaient cotées en francs, se serait bien fr. 56. 80 qu'elle redevrait pour solde, tandis que si l'on calcule ce solde en florins, ce serait bien à fr. 446. 91 soit 119 florins et 9 kreutzer qu'il se monterait.

Le président du Tribunal d'Yverdon a donné gain de cause à la défenderésse, en se fondant sur les motifs ci-après: Au moment où les parties croyaient s'engager, elles se sont trouvées dans une erreur essentielle, qui les a empêchées de manifester d'une manière concordante leur volonté réciproque (Art. 1er C. O.). Il n'y a donc pas eu de contrat en l'espèce. En admettant même que le contrat eût existé, il ne saurait obliger la défenderesse, car elle se trouvait au moment de le conclure dans une erreur essentielle, l'obligation contractée par elle étant notablement plus étendue qu'elle ne le voulait en réalité (Art. 18 et 19 C. O.). On ne saurait faire un grief à la défenderesse d'avoir ignoré la signification des lettres öwfl, cette mention n'étant connue que des initiés et non des petits négociants. Les conséquences de l'erreur doivent donc être supportées en entier par le demandeur. Il aurait dû indiquer d'une façon claire le mot „florin", qu'il aurait pu accompagner de la valeur correspondante en monnaie suisse.

E. a recouru en réforme contre ce jugement, pour le motif que le juge a fait une fausse application de la loi (art. 1er, 18 et 19 C. O.). Le Tribunal cantonal a réformé le jugement en ce sens que la défenderesse est condamnée à payer le montant des factures calculé en francs, soit 313 fr. 59, plus le bénéfice qu'elle a réalisé par 101 fr. 20, sous déduction de fr. 256 payés à compte, soit pour solde fr. 158. 19.

Motifs: Considérant que les factures fournies par le

recourant portaient bien les signes öwfl, ou fl., accompagnant les chiffres qui figuraient les prix portés en compte, mais que les dits signes, connus dans le grand commerce, peuvent fort bien échapper à l'attention ou n'être pas compris par un non commerçant ou un petit négociant comme l'intimée.

Que dans les lettres dans lesquelles A. N. a fait à E. de nouvelles commandes, elle ajoutait dans le détail de la commande la lettre f après l'indication du prix.

Que le recourant n'a pas, en répondant à ces lettres, signalé à l'intimée l'erreur qu'elle commettait, et ne lui a jamais dit, jusqu'à la naissance de la contestation, qu'il lui était dû des florins et non des francs.

Que l'erreur de l'intimée apparaît comme essentielle de sa nature, ayant cru traiter en francs alors que le recourant entendait vendre en florins.

Qu'ainsi les parties n'ont jamais été d'accord sur le prix et qu'en conséquence elles n'ont jamais manifesté d'une manière concordante leur volonté réciproque.

Que dès lors le contrat de vente conclu entre parties n'a jamais existé, à teneur de l'art. 1er C. O., et que le jugement dont est recours doit être maintenu sur ce point.

Considérant que le marché contracté entre parties étant censé n'avoir jamais existé, il faudrait remettre les choses en l'état dans lequel elles se trouvaient au moment de la convention.

Que si les marchandises se trouvaient encore en mains de l'intimée, elles devraient être renvoyées au recourant, mais que les marchandises ayant été revendues, la restitution en est impossible.

Considérant que la faute qui a causé l'erreur est réciproque, et que l'intimée ne saurait réaliser un bénéfice en vertu d'un contrat qui n'a jamais existé en droit.

Que les marchandises ne pouvant être restituées A. N. doit payer le prix de la chose vendue en francs et restituer au recourant le bénéfice du 33% qu'elle a réalisé.

(Journal des tribunaux 1893 Nr. 27.)

Anmerkung der Redaktion. Wir teilen das Urteil mit, ohne es zu billigen. Es stellt doch dem kleinen Handelsstande des Waadtlandes ein gar zu schlechtes Zeugnis aus, wenn es ihn als einer rusticitas und simplicitas gaudens (l. 25 § 1 D. de prob. 22, 3. l. 2 § 1 D. si quis in jus, 2, 5 und sonst) behandelt, die ihn entschuldigt, wenn er öwfl für Fr. nimmt. Noch viel entschuldbarer war jedenfalls für den Verkäufer, selbst wenn er Grosshändler ist, dass er im Vertrauen auf die Allgemeinverständ-

lichkeit von öwfl. das f. in den Bestellungen für fl. nahm. Und wie stimmt mit dem ersten Teile der Motive, der diese rusticitas als durchschlagend annimmt, der Satz des zweiten Teiles, dass der Fehler gegenseitig sei? Und ist dies richtig, so hätte auch die Beklagte zu mehr verurteilt werden sollen als bloss zu Restitution ihres Benefizes. Jedenfalls aber hätte es doch nahe gelegen, zu untersuchen, ob die Beklagte in guten Treuen annehmen durfte, dass Handschuhe von der betreffenden Qualität zu 2 Fr. geliefert werden können.

---

120. *Beschränkte Vertragsfähigkeit. Haftung für Schulden im Betriebe eines vom gesetzlichen Vertreter stillschweigend gestatteten Gewerbes. Art. 34 O. R.*

**Glarus.** Urteil des Obergerichts i. S. Hefti.

P. H. steht seit 1881 unter gesetzlicher Bevogtigung. Trotzdem bestellte er bei dem in Glarus wohnhaften Vertreter einer Zürcher Weinhandlung Ende September 1890 drei Fässer Wein, welche um den Preis von Fr. 274. 80 sofort geliefert wurden. Am 25. Oktober darauf eröffnete er eine Wirtschaft in Glarus, erliess eine bezügliche Bekanntmachung in einem öffentlichen Blatte und wirtete bis Mitte Januar 1892. Am 4. Dezember 1890 hatte er wieder für Fr. 109. 80 Wein gekauft und am 8. eine Abschlagszahlung von 100 Fr. geleistet. Für die Fr. 284. 60 betragende Restanz belangt verweigerten Vogt und Waisenamt die Zahlung, weil H. infolge Bevogtigung handlungsunfähig gewesen sei und keine Bewilligung des Waisenamts resp. des Vogts für die Weinbezüge gehabt habe. Das Obergericht verneinte die Zahlungspflicht für die Fakturen vom September 1890 im Betrage von Fr. 274. 80, sprach sie dagegen aus für die vom 4. Dezember, verurteilte somit den Beklagten zum Restbetrage von Fr. 9. 80.

Motive: Bis zum 25. Oktober 1890 sind infolge der ausgewiesener Massen bestehenden Bevogtigung die Geschäftsabschlüsse des bis dahin einen selbständigen Beruf nicht betreibenden H. ohne Bewilligung von dessen Vogte für den ersteren vollständig unverbindlich, und eine Verleitung des Lieferanten zu der irrtümlichen Annahme der Vertragsfähigkeit des H. ist rechtlich nicht ausgewiesen. Aber am 25. Oktober 1890 machte H. die Wirtschaftseröffnung und damit die selbständige Betreibung eines Gewerbes öffentlich bekannt. Es ist allerdings die hiefür in § 207 bürg. Ges.-B.

und Art. 34 O. R. erforderliche Genehmigung seitens des gesetzlichen Vertreters des Waisenamtes Glarus nicht erfolgt, sondern es liegt gegenteils aktengemäss vor, dass der Vogt und das Waisenamt es nicht an Schritten fehlen liessen, den eigenmächtigen Gewerbebetrieb des H. durch die kompetente Oberbehörde (Regierungsrat) untersagen zu lassen. Diese Schritte hatten jedoch nach aussen nicht diejenige Wirkung, um der Geschäftswelt gegenüber den Ausschluss einer stillschweigenden Genehmigung im Sinne des Art. 34 O. R. ausser Zweifel zu stellen. Um dies zu bewirken, hätte vielmehr eine sofortige öffentliche Gegenbekanntmachung seitens des Waisenamtes erfolgen sollen, was jedoch nicht geschehen ist.

(Amtsber. des Oberger. v. Glarus für 1892—1893, S. 21 f.)

---

121. *Dommages-intérêts. Entreprise de travaux. Responsabilité de l'entrepreneur et non du propriétaire. Art. 50 C. O.*

Genève. Jugement du Tribunal de 1re instance du 2 juin 1893 d. l. c. Vincent c. Jacquier.

Jacquier fut chargé de faire divers travaux dans le corridor par lequel on pénètre dans l'immeuble où Vincent habite. Des planches furent placées dans le corridor faisant saillie avec le sol, et nul éclairage n'en indiquait la présence; Vincent, en rentrant chez lui, de nuit, tomba et se fit divers contusions et lésions au bras, dont les conséquences dommageables s'élèvent à la somme de 600 fr. dont il réclame le paiement à Jacquier. Celui-ci excipe de l'irrecevabilité de la demande, par la raison qu'étant l'entrepreneur des travaux dont le défaut d'éclairage aurait entraîné la chute de V., il ne saurait être recherché à cet égard, vu qu'il ne s'agit pas de travaux entrepris sur la voie publique; que, dès lors, c'est au propriétaire de l'immeuble où ces travaux étaient effectués qu'il incombait de les éclairer. Le Tribunal a écarté cette exception.

Motifs: Considérant qu'en effet, celui qui opère des travaux en un lieu servant de passage, tel qu'une saillie ou un corridor, celui, en somme, qui occasionne une modification de l'état de ce lieu, modification susceptible, la nuit, de causer un accident quelconque, doit faire en sorte de prévenir cet accident; que, dès lors, la plus élémentaire précaution exige qu'un éclairage décèle les travaux en cours d'exécution; qu'en l'espèce, il est certain que le corridor dont s'agit n'étant pas habituellement éclairé, il n'appartenait pas au propriétaire de

changer sa manière de faire, mais il appartenait à l'entrepreneur de protéger le public contre son entreprise.

(La Semaine judiciaire 1893 Nr. 31.)

---

122. *Retentionsrecht des Vermieters. Beweislast des vindicierenden Dritten betreffend die Kenntnis des Vermieters vom Nichteigentum des Mieters. Art. 294, Abs. 2 O. R.*

**Zürich.** Urteil der Appellationskammer des Obergerichtes vom 21. März 1893 i. S. Hindenlang c. Gross.

Hindenlang, Mieter einer Wohnung bei Gross, gerieth in Concurs, und seine Ehefrau vindicierte einen Teil des Mobiliars als ihr Eigentum. Gross bestritt Anfangs diese Vindication, liess aber später auf beigebrachte Beweise hin seinen Widerspruch in dieser Richtung fallen, jedoch nahm er auch bezüglich dieser Gegenstände das Mietretentionsrecht in Anspruch. Der Concursrichter verwarf den Retentionsanspruch, weil Gross als Oheim der Frau H. habe wissen müssen, dass letztere nicht ohne Aussteuer in die unmittelbar vorher abgeschlossene Ehe getreten sei, die in Frage kommenden Gegenstände aber sämtlich solche seien, die zu einer ordentlichen Aussteuer gehören. Das Obergericht änderte dieses Urteil ab.

Motive: Bezüglich der Frage, ob der Beklagte zur Zeit der Einbringung der streitigen Gegenstände in die Mietlokalitäten gewusst habe oder habe wissen müssen, dass dieselben der Klägerin gehören, ist zu sagen, dass der dritte Ansprecher nicht nur für sein Eigentum an den streitigen Objekten, sondern auch dafür, dass der Vermieter davon gewusst habe oder habe wissen müssen, beweispflichtig ist; ein solcher Beweis ist aber im vorliegenden Falle durch die blose Thatsache, dass der Vermieter der Oheim der Ansprecherin ist und dass die streitigen Gegenstände derartige sind, welche zu einer ordentlichen Aussteuer gehören, nicht geleistet. Die Verwerfung des Retentionsrechtes lediglich auf Grund dieser Thatsache hätte zur Voraussetzung, dass mit Bezug auf Gegenstände, welche zu einem ordentlichen Haushalt gehören, eine Präsumtion für das Eigentum der Ehefrau bestehe; eine solche Präsumtion existiert aber nicht, und es hätte desshalb das Retentionsrecht auf Grund der dem erstinstanzlichen Richter vorgelegenen Akten gutgeheissen werden müssen, wenn nicht die Klägerin weiteren Beweis dafür, dass der Beklagte von ihrem Eigentum gewusst habe

oder habe wissen müssen, anerboten hätte. Dieser Beweis muss ihr nunmehr abgenommen werden.

(Da Klägerin diesen Beweis nicht leisten konnte, so wurde das Retentionsrecht des Beklagten als begründet erklärt.)

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch. 1893, XII Nr. 10.)

---

123. *Krediteröffnung, wiefern Darlehensvertrag. Art. 329 O. R.*

**Baselstadt.** Urteil des Appellationsgerichtes vom 31. August 1893 i. S. Seiler c. Kamber.

Es lag folgende Urkunde vor:

Bürgschafts-Schein
für
Kredite in laufender Rechnung.

Endsunterzeichnete bekennen hiemit, dass uns die Basler Kreditgesellschaft einen Kredit in laufender Rechnung im Betrage von 12000 Fr. eröffnet hat unter den durch deren Reglemente festgestellten Bedingungen, und anerkennen, dass laut denselben die genannte Gesellschaft die Berechtigung hat, den Kredit zu künden und die Rückzahlung der dargeliehenen Summe innert einer Frist von längstens . . . Monaten zu verlangen.

Die Unterzeichneten erklären, dass sie sich zur Sicherheit für den bezeichneten Kredit von 12000 Fr. samt Zinsen und Kosten in solidarischer Verbindung als wahre Bürgen und Selbstzahler dargeben . . . . .

Schuldner und Bürgen erklären, dass für allfällig an sie zu stellende Anforderungen sie sich dem Spruche des Civilgerichtspräsidenten von Basel unterziehen.

Basel, den 9. Januar 1891.

| Unterschrift der Kreditinhaber: | Unterschrift der Bürgen: |
|---|---|
| Jacques Schrameck. | Josef Gürtler. |
| Rud. Kamber. | K. Seiler-Wirz. |

Die Kreditsumme von Fr. 12000 hat J. Schrameck allein vollständig bezogen. Als er die Rückzahlung nicht leistete, hielt sich die Kreditorin an den Bürgen Seiler, der ihr die Summe mit Zinsen im Betrage von Fr. 12727. 10 vergütete, und nun gegen den mitunterzeichneten Kreditinhaber Kamber den Regress nahm. Dieser war erbötig, 2000 Fr. nebst Zins zu zahlen, indem er behauptete, er habe nur Bürgschaft für Schrameck leisten wollen und sei bei der Unterschrift übertölpelt worden; es treffe ihn also bloss ein Drittel der Summe mit 4000 Fr., wovon er 2000 an Seiler, 2000 an Gürtler

zu zahlen habe. Eventuell, wenn er als Mitschuldner anzusehen sei, hafte er bloss für die Hälfte der Darlehenssumme, also Fr. 6000, wovon Kläger die Hälfte mit 3000 Fr. anzusprechen habe.

Das Civilgericht fällte folgendes Urteil: die Unterschrift des Beklagten ist kein Schuldbekenntnis; eine Zahlungspflicht für den Kreditinhaber entsteht erst, wenn ihm der Kredit wirklich ausbezahlt worden. Von mehreren Kreditinhabern haftet der eine nicht für die den andern ausbezahlten Beträge. Von solidarischer Haftbarkeit kann zum Voraus keine Rede sein, denn solche besteht Mangels ausdrücklicher Vereinbarung nicht einmal für gemeinschaftliche Darlehensempfänger. Es haftet der eine aber auch nicht pro rata für die vom andern erhobenen Beträge. Die Pflicht der Rückzahlung des Darlehns entsteht erst mit dessen Empfang und nur für den Empfänger. Die gemeinsame Unterzeichnung beider Kreditinhaber auf dem „Bürgschaftsschein" soll bloss feststellen, dass die Bürgen für die an den einen oder den andern bezahlten Beträge haften; hiefür wäre die eigenhändige Unterschrift der Kreditinhaber allerdings nicht erforderlich; dass die Bank sie verlangt, erklärt sich daraus, dass die Urkunde auch Bestimmungen über die Darlehensbedingungen und über Kompromiss auf den Civilgerichtspräsidenten enthält, eine gemeinsame Verpflichtung der Kreditinhaber in solidum oder pro rata kann aber daraus nicht abgeleitet werden. Konnte somit der Gläubiger die Rückzahlung nur von Schrameck fordern, so kann auch der Bürge nur gegen diesen seinen Regress ausüben. Das Urteil müsste daher auf gänzliche Abweisung lauten, wenn der Beklagte dies beantragt hätte. Da er aber 2000 Fr. mit Zins anerkennt, so ist er zur Zahlung dieser Summe zu verfällen.

Das Appellationsgericht hat dieses Urteil aufgehoben und den Beklagten zur Bezahlung von Fr. 6000 nebst Zinsen verurteilt.

M o t i v e: Die dem heutigen Rechtsstreite zu Grunde liegende Urkunde ist nicht ausschliesslich das, was sie sich selbst nennt, ein Bürgschaftsschein, sondern ausserdem in ihrem ersten Teile eine Vereinbarung zwischen Kreditgeber und Kreditinhabern, die sich als Darlehensvertrag darstellt, wie er in Art. 329 O. R. normiert ist. J. Schrameck und R. Kamber sind Borger im Sinne dieses Artikels und verpflichten sich zur Rückerstattung des empfangenen Geldes. Es kann daher der Auffassung der ersten Instanz nicht beigetreten werden, dass hier kein Schuldbekenntnis vorliege

und die Pflicht der Rückzahlung des Darlehens nur für den Empfänger entstehe. Beides liesse sich vielleicht sagen, wenn der Darlehensvertrag im schweiz. O. R. noch als Realvertrag gestaltet wäre; aber nach der Gestalt, die er im Bundesgesetz erhalten hat, bewirkt die Unterschrift der Kreditinhaber Schrameck und Kamber in der That schon ein Schuldbekenntnis und haben sich beide verpflichtet, die dargeliehene Summe auf den bedungenen Termin zurückzuzahlen, wie sie sich denn auch in der Urkunde selbst als „Schuldner" bezeichnen oder bezeichnen lassen. Allerdings erscheint jeder von den beiden, da Solidarität nicht ausdrücklich vereinbart ist, nur pro rata, also für die Hälfte der Darlehenssumme rückerstattungspflichtig. Auch Mangels dieser solidarischen Haftung der Kreditinhaber ist es für den Darleiher gleichgiltig, wie die Borger die Darlehenssumme unter sich verteilen, und es ist auch nicht bestritten, dass der Kreditgeber berechtigt war, die ganze Summe an Schrameck auszuzahlen. Vollends aber, was hier besonders in Betracht fällt, die Bürgen waren in vollem Rechte anzunehmen, dass die beiden Kreditinhaber auch wirklich Hauptschuldner seien und ihnen haften, sie haben höchst wahrscheinlich gerade im Hinblick darauf ihre Bürgschaft geleistet und können nicht dadurch beeinträchtigt werden, dass von zwei Kreditinhabern der minder oder gar nicht solvente den ganzen Betrag erhöbe und der andere, solvente, ihnen dadurch aus seiner Haftbarkeit entschlüpfte. Die gegenteilige Auffassung, wie sie im Urteile der ersten Instanz enthalten ist, würde der Willensmeinung der sämtlichen Unterzeichner der Urkunde durchaus widersprechen.

Die Rückerstattungspflicht des Kamber bestand demnach gegenüber dem Darleiher für Fr. 6000, und da der Bürge in die Rechte des Gläubigers gegen den Schuldner, für den er bezahlt hat, eintritt, so ist auch der heutige Kläger zur Einklagung der Hälfte der von ihm bezahlten Bürgschaftsschuld gegen den Beklagten berechtigt und für die andere Hälfte an den andern Hauptschuldner Schrameck zu verweisen. Für die Einwendung des Beklagten, dass er nur als Bürge habe unterschreiben wollen und dass seine Unbeholfenheit von den andern dazu missbraucht worden sei, seine Unterschrift an die Stelle des Kreditinhabers zu bringen, ist kein genügender Beweis anerboten worden. Seine andere Einwendung, dass er dem Kläger jedenfalls nur Fr. 3000 und Zinsen schuldig wäre, die andern Fr. 3000 dagegen der Mitbürge Gürtler an ihn zu fordern hätte, kann ebensowenig

der Thatsache gegenüber aufkommen, dass Kläger einzig die ganze Schuld an den Darleiher bezahlt und von Gürtler nichts daran erhalten hat.

---

124. *Intérêts des intérêts. Limites de la capitalisation dans un compte courant. Art. 335, 2 C. O.*

Neuchâtel. Jugement du Tribunal cantonal du 10 janvier 1893 d. l. c. Ch. F. Tissot et fils c. Favre et Andrié.

A la date du 4 février 1892, Favre et Andrié ont envoyé à Tissot et fils le relevé de leur compte pour la période du 25 juillet 1868 au 31 décembre 1891, soit pour 23 ans, compte soldant par fr. 12005. 45 au débit de T. et fils, compris intérêts composés au taux du 5%. Ces derniers ont payé cette somme. Aujourd'hui ils prétendent qu'en payant cette somme ils ont, par erreur, payé fr. 4237. 90 de plus que ce qu'ils devaient, le compte courant ayant capitalisé chaque année, à partir de 1868, les intérêts (intérêts composés). Ils répètent donc comme indû la somme de fr. 4237. 90 soit le montant d'intérêts des intérêts exagérés. Le Tribunal cantonal a admis cette demande.

Motifs: Attendu que, si la loi (Art. 335, 2 C. O.) et les usages du commerce permettent de compter les intérêts des intérêts en matière de comptes courants, il ne résultait pas de là pour F. & A. le droit de capitaliser les intérêts dans les circonstances de la cause;

Qu'il est, en effet, dans la nature du compte courant, que les personnes en compte règlent à une certaine époque leurs positions réciproques;

Que ce règlement de compte s'opère par la remise du compte, laquelle constitue une mise en demeure faite par l'une des parties à l'autre.

Attendu qu'il est certain que depuis le 25 juillet 1868, F. & A. n'ont remis aucun compte à T. & f.;

Que, dans cette situation, la loi et l'usage commercial ne les autorisaient pas à rétablir les comptes antérieurs, années par années, pour présenter après vingt-trois années consécutives un solde de compte augmenté dans une mesure considérable par la capitalisation des intérêts pendant cette longue période;

Que ce procédé se justifie d'autant moins que F. & A. prétendent avoir été les banquiers de T. & f. et devaient par conséquent se soumettre aux usages de la banque en ce qui

concerne l'envoi de leur compte à certaines époques déterminées.

In zweiter Linie hatte das Gericht die Frage zu beantworten, ob die Rückforderung wegen Irrtums zulässig sei. Auch diese Frage bejahte das Kantonsgericht, jedoch hat sie dann das Bundesgericht (8. Juli 1893) verneint. Wir lassen diesen Teil des Urteils hier weg, da er kein juristisch interessantes Moment bietet.

---

125. *Bürgschaft. Terminierte oder nicht terminierte, wenn blos für Rückzahlung der Schuld ein Termin gesetzt ist? Art. 502, 503 O. R.*

**Basellandschaft.** Urteil des Obergerichts vom 7. December 1892 i. S. Gysler c. Mundwiler.

W. Sch. verpflichtete sich laut Handschrift vom 29. Nov. 1884, dem J. G. die von ihm erhaltene Summe von 400 Fr. auf 30. Mai 1885 zurückzuzahlen. F. M. verbürgte sich hiefür durch folgende Verpflichtung: „Damit der Kreditor dieser Schuld wegen gesichert sei, hat sich dafür zu einem Bürgen und nöthigenfalls Selbstzahler freiwillig dargegeben F. M., welcher alles dasjenige zu leisten versprochen, was das Bürgschaftsrecht jeweils von ihm fordern könne.“ Die Rückzahlung erfolgte am 30. Mai 1885 nicht. Der Schuldner geriet in der Folge in Konkurs und laut Fallimentskollokation vom 26. April 1892 gelangte an die Forderung nur 3%. Der Gläubiger belangte nun den Bürgen; dieser bestritt seine Haftpflicht, weil die Bürgschaft eine terminierte gewesen sei und der Gläubiger durch Unterlassung der rechtlichen Schritte gegen den Schuldner nach dem Verfall der Schuld den Bürgen befreit habe.

Das Obergericht hat, in Abweichung von der ersten Instanz, den Beklagten haftbar erklärt.

Motive: Art. 502 O. R., auf den sich der Beklagte beruft, setzt voraus, dass wenn die eingegangene Bürgschaft blos eine terminierte sein soll, diese Zeitfrist, bis zu welcher der Bürge haften will, aus der Bürgschaftsverpflichtung ersichtlich sein muss. Denn die Verpflichtung eines Bürgen besteht durchaus unabhängig neben der Verpflichtung des Hauptschuldners, und es ist damit, dass die Hauptschuld auf einen gewissen Termin bezahlt werden soll, keineswegs gesagt, dass sich der Bürge ohne Weiteres auch nur bis zu diesem Termine habe verpflichten wollen, bezw. bis dahin haftbar sei. Im vorliegenden Falle ist die Hauptschuld allerdings auf eine bestimmte Zeit fällig geworden. Dagegen

geht aus der bezüglichen Urkunde nicht hervor, dass die Bürgschaftsverpflichtung gleichfalls nur bis zu diesem Zeitpunkt eingegangen worden ist, sondern sie lautet ganz allgemein, ohne Angabe einer bestimmten Zeitdauer. Unter diesen Umständen ist die Berufung auf Art. 502 unbegründet und trifft vielmehr Art. 503 zu, der von einer auf unbestimmte Zeit eingegangenen Bürgschaft handelt.

(Amtsber. des Oberger. v. 1892, S. 34 f.)

---

126. *Gesellschaft. Haftung des geschäftsführenden Gesellschafters. Art. 538 O. R.*

**Zürich.** Urteil der Appellationskammer des Obergerichtes vom 27. Mai 1893 i. S. R. c. A.

Der Beklagte kaufte am 9. Juli 1891 bei einer zürcherischen Bank 50 Actien der eidgenössischen Bank und 50 Actien des Zürcher Bankvereins im Gesamtbetrage von mehr als 60000 Fr. auf Rechnung der Klägerin. Bald darauf übergab er der Bank Obligationen im Betrage von 10000 Frs., die ihm die Klägerin gegeben hatte, als Hinterlage für den im Namen der Klägerin zu betreibenden Ein- und Verkauf von Börsenpapieren. Bis Ende Dezember erfolgte eine Reihe von Geschäftsabschlüssen, welche durch die betr. Bank besorgt wurden und von welchen der Beklagte jeweilen in Kenntniss gesetzt wurde. Die Halbjahrsrechnung schloss für ihn resp. die Klägerin mit einem Verlust von 26193 Frs.

Nun behauptete der Beklagte, die Bank habe nicht ehrlich an ihm und der Klägerin gehandelt und dabei nicht die Interessen der Mandanten, sondern vielmehr ihre eigenen verfolgt. Er veranlasste die Klägerin, den Prozessweg gegen die Bank zu beschreiten und auf Herausgabe der 10000 Fr. Depôt zu klagen. Die Bank verlangte widerklagsweise von der Klägerin gemeinsam und unter Solidarhaft mit dem Beklagten Bezahlung von Fr. 26193 nebst Zinsen. Die Hauptklage wurde unter vollständiger Gutheissung der Widerklage abgewiesen. Nun klagte die Klägerin gegen ihren früheren Berather, den Beklagten, auf Bezahlung der Condemnationssumme von 26193 Fr. nebst den Kosten des Prozesses gegen die Bank.

Hiebei machte die Klägerin geltend, dass der Beklagte gelegentlich sie dazu animiert habe, etwas in Papieren zu machen, in der Meinung, dass er ihr die Sache besorgen und der Gewinn unter beide gleichmässig getheilt würde. Als er dann den ihm bei dieser Unterredung zugesagten Betrag von

10000 Fr. abgeholt habe, habe er ihr erklärt, er gehe unter keinen Umständen höher als auf diese 10000 Fr. Der Beklagte hafte ex mandato eventuell ex societate für den herbeigeführten Schaden, weil er eigenmächtig unsinnige über die Vereinbarung hinausgehende Spekulationen ausgeführt und sie dann in einen aussichtslosen Prozess gestürzt habe, ohne ihr irgend welche Mitteilungen über die einzelnen Spekulationen zu machen.

Der Beklagte anerkannte vor erster Instanz die Hälfte der Klagesumme, indem er zugab, dass eine einfache Gesellschaft vorliege, nach welcher gemäss Art. 530 O. R. Gewinn und Verlust zu gleichen Teilen zu tragen sei. Dagegen bestritt er, dass er die erteilte Vollmacht irgendwie überschritten oder unsorgfältig gehandhabt habe, da seine Aktionsfreiheit eine unbeschränkte gewesen sei.

Die erste Instanz verurteilte den Beklagten zur Bezahlung von 21193 Fr. und der Kosten des Prozesses gegen die Bank, im wesentlichen davon ausgehend, dass zwischen den Parteien eine einfache Gesellschaft bestanden habe mit Tragung von Gewinn und Verlust zu gleichen Theilen, dass aber den Beklagten noch eine weitere Haftung treffe, weil aus der Art, wie er den Ein- und Verkauf der Börsenpapiere vorgenommen habe (u. A. verkaufte er einmal Papiere auf eigene Rechnung, während er für Rechnung der Gesellschaft solche gleichzeitig kaufte), und aus der Grösse der Summen, mit denen er auf den Namen der Klägerin speculiert habe, sich eine Fahrlässigkeit ergebe. Daher hafte der Beklagte für die Hälfte der 10000 Frs., ausserdem aber noch für den ganzen diese 10000 Fr. übersteigenden Betrag des Verlustes, nämlich Fr. 16193, also zusammen für Fr. 21193. Ebenso sei der Beklagte schuldig, die Kosten des Prozesses gegen die Bank zu übernehmen, weil sich aus den Akten ergebe, dass er die Unerfahrenheit der Klägerin benutzt habe, um dieselbe zu dem voraussichtlich ganz aussichtslosen Prozesse zu veranlassen, in der Hoffnung, auf diese Weise die Folgen seiner inkorrekten Geschäftsführung auf die Schultern der Bank abwälzen zu können.

Die vom Beklagten gegen dieses Urteil ergriffene Appellation wurde von der zweiten Instanz verworfen.

Gründe: 1) Mit der ersten Instanz ist davon auszugehen, dass zwischen den Litiganten eine Societät und nicht ein Mandatsverhältnis bestanden hat; dagegen kann der Auffassung des Beklagten, dass es sich um An- und Verkauf von Börsenpapieren in beliebigem, durch den geschäfts-

führenden Socius zu bestimmenden Umfange gehandelt habe, nicht beigetreten werden. Da es sich nämlich um eine einfache Gelegenheitsgesellschaft im Sinne von Art. 524 O. R. und nicht um eine Kollektivgesellschaft handelt, ist eine Vermutung für die behauptete Ausdehnung der Societät nicht gegeben. Aus den Angaben der Klägerin im Beweisverfahren kann man als Vertragsinhalt höchstens die Vereinbarung ableiten, dass innerhalb genau fixierter Grenzen Börsenpapiere anzukaufen und wieder zu verkaufen seien, nämlich mit einer Beschränkung der jeweils pendenten Geschäfte auf den Betrag des klägerischen Kapitals von 10000 Fr. bezw. nach eingetretenen Verlusten auf den von diesem Capital noch verbleibenden Rest. Etwas anderes darf unmöglich als zugestanden betrachtet werden, und es erscheint daher der dem Beklagten obliegende Beweis einer Societät, wie er sie behauptet hat, als misslungen. Denn die einzige Thatsache, die hier noch in Betracht fallen könnte, nämlich das Schweigen der Klägerin gegenüber den Operationen des Beklagten, ist bedeutungslos, weil nicht feststeht, dass dieser seine Mitgesellschafterin über die Geschäftsabschlüsse jeweilen gehörig informiert hat.

2) Hieraus ergiebt sich ohne weiteres, dass die klägerische Hauptforderung, die gegenwärtig noch in dem erstinstanzlich gutgeheissenen Betrage von Fr. 21193 festgehalten wird, geschützt werden muss. Geht man davon aus, dass sich die Societät im äussersten Fall auf Börsenoperationen mit einem jeweiligen Engagement in der Höhe der vorhandenen Deckung erstreckt habe, so zeigt ein Blick auf die Schlussrechnung der Bank, dass der Beklagte die vertraglich festgesetzte Limite weit überschritten hat. Es folgt daraus, dass der bei den Spekulationen eingetretene Verlust der Gesellschaft nur insoweit zu belasten ist, als er auch bei Einhaltung der den gemeinschaftlichen Spekulationen gezogenen Grenzen eingetreten wäre, und dass der Mehrbetrag von vorneherein dem Privatkonto des Beklagten zufällt. Weiter ist klar, dass der Verlust bei strikter Beachtung des Vertrages den Betrag der klägerischerseits eingeworfenen 10000 Fr. gar nicht hätte übersteigen können, und da die Klägerin in zweiter Instanz keine Einsprache mehr dagegen erhebt, dass dem Gesellschaftskonto ein Verlust von 10000 Fr. zugeschieden werde, sind der Gesellschaft einfach die erwähnten 10000 Fr. zu belasten, an welchem Verluste die Klägerin zur Hälfte partizipiert. Sie ist dagegen berechtigt, die an die Bank bezahlte Summe, soweit sie diese

Hälfte übersteigt, vom Beklagten zurückzufordern, was nach dem schon Gesagten einer näheren Begründung nicht mehr bedarf.

3) Was die Nebenforderungen der Klägerin anbelangt, so ist der angefochtene Entscheid auch hier zu bestätigen, da die bezüglichen Ausführungen der Vorinstanz als durchaus zutreffend erscheinen.

(Vgl. Blätter für handelsrechtl. Entscheidungen, Bd. XII, S. 187 ff.)

---

127. *Marque de fabrique. L'emploi de l'étiquette „Imitation de la liqueur de la Grande-Chartreuse" ne constitue pas un acte illicite. Loi féd. du 26 septembre 1890 conc. la protection des marques de fabrique. Traité franco-suisse du 23 février 1882.*

Genève. Arrêt de la Cour de justice civile du 29 avril 1893 d. l. c. Grézier c. Faul.

Faul, pharmacien à Genève, fabrique une liqueur qu'il vend sous le nom de „imitation exquise de la liqueur jaune de la Grande-Chartreuse." Grézier, procureur du couvent de la Grande-Chartreuse, l'a assigné pour s'entendre ordonner d'avoir à faire disparaître de ses étiquettes etc. les mots de Chartreuse et de Grande-Chartreuse, et s'entendre condamner à 5000 fr. de dommages-intérêts. Le Tribunal de 1re instance a fait défense à Faul de mettre en vente des liqueurs de sa fabrication dans des bouteilles portant une étiquette dont le texte contiendrait les mots „Grande-Chartreuse", pour la désignation de ses produits dans ses annonces, réclames et prospectus; mais il a aussi débouté Grézier de ses conclusions en dommages-intérêts pour le préjudice antérieurement causé, et lui a reservé ses droits à des dommages-intérêts pour les contraventions à venir. Grézier interjette appel dudit jugement sur le chef comprenant les dommages-intérêts. Faul conclut à la confirmation du jugement. La Cour a confirmé le dispositif du jugement.

Motifs: Attendu que malgré que Faul n'attaque pas le jugement de première instance, il est néanmoins indispensable, pour résoudre la question de savoir si Grézier a droit à des dommages-intérêts, d'examiner si Faul a commis un acte illicite en mettant en vente son produit comme imitation de la liqueur de la Grande-Chartreuse;

Attendu que la loi fédérale du 19 décembre 1879[1]) et

---

[1]) Warum nicht loi fédérale du 26 sept. 1890?

le traité franco-suisse du 23 février 1882, combinés avec l'art. 1[er] de la loi française du 23 juin 1857, prohibent l'imitation ou la contrefaçon ainsi que l'usage, par tout autre que par le propriétaire, des marques de fabrique et de commerce, mais qu'on peut hésiter à décider qu'ils défendent l'imitation de ces produits ou objets de commerce et leur mise en vente avec l'indication précise qu'il s'agit d'une imitation;

Que certains tribunaux français n'ont pas considéré ces actes comme illicites si l'on en juge par ce considérant d'un arrêt de la Cour de Grenoble en date du 25 mai 1853 (Jarnier c. Rivoire): „Attendu que les Chartreux n'ont pas le monopole de la composition de leur liqueur, mais qu'ils n'ont pas communiqué leur procédé de fabrication; qu'il résulte de là que la maison Rivoire a le droit de composer une liqueur semblable, si elle le peut, et, à défaut d'autre nom, de lui en donner un tiré de cette similitude même dont le public serait juge, mais que le nom de „Chartreux" ne saurait être employé dans ses étiquettes et annonces, qu'autant qu'il serait accompagné de quelque expression qui le réduirait à un simple terme de comparaison, comme par exemple „Imitation de Chartreuse", le tout en termes identiques, ou d'autres dénominations, dont le sens non équivoque aurait pour effet d'attribuer à la maison Rivoire, la clientèle due à son mérite propre, sans détourner celle des Chartreux;"

Que d'autres jugements, il est vrai, ont condamné l'emploi d'étiquettes portant la mention „Imitation de Chartreuse" (Trib. civ. de la Seine 3 avril 1878 et Trib. correct. de la Seine 29 mai 1878), mais que, dans ces cas, le Tribunal a toujours insisté sur l'aspect extérieur de l'étiquette ou de la bouteille employées par le contrefacteur, lesquelles étaient de nature à induire l'acheteur en erreur, ce qui n'est pas le cas en espèce;

Que, dans ces circonstances, on ne saurait admettre que Faul ait commis un acte illicite et qu'il soit passible de dommages-intérêts.

(La Semaine judiciaire 1893 Nr. 20.)

---

**128.** *Privilegierung des Frauenguts in einem Nachkonkurs. Art. 219 des B.-Ges. betr. Betr. und Konk.*

**Schaffhausen.** Urteil des Obergerichts vom 9. Dezember 1892.

In einem ersten Konkurs des Ehemanns verlor die Ehefrau einen Teil ihres Weibergutes, während ein anderer Teil

gerettet wurde. Als der Mann zum zweiten Mal in Konkurs geriet, gab der Vormund der Ehefrau wieder das ganze Weibergut ein und der Konkursbeamte locierte die eine Hälfte desselben als privilegiert in die 4., den Rest in 5. Klasse. Dagegen rekurrierten einige Gläubiger des Ehemanns an das Bezirksgerichtspräsidium, welches den im ersten Konkurs verloren gegangenen Teil als privilegiert in 4., den damals geretteten Teil in 5. Klasse setzte. Dagegen appellierten beide Parteien ans Obergericht.

Das Obergericht bestätigte den Entscheid des Gerichtspräsidenten mit der kleinen Abänderung, dass die Differenz zwischen der ursprünglichen und der so abgeänderten Kollokation nur in soweit zu Gunsten der klagenden Gläubiger angewiesen wurde, als davon der kleine Betrag abgeht, welcher der Ehefrau in der 5. Klasse erwächst.

Was den im ersten Konkurs geretteten Teil des Weiberguts betrifft, so setzt nach Art. 219 des Bundesgesetzes betr. Betreibung und Konkurs die Privilegierung voraus, dass das Vermögen der Frau Kraft gesetzlich anerkannten Güterrechts sich im Eigentum des Ehemanns befinde. Der Wortlaut dieser Bestimmung ist klar und strikt und auch ihre ratio ist leicht verständlich. Die Frau muss nach unserem ehelichen Güterrecht dem Mann ihr Vermögen zu Eigentum und Verwaltung überlassen, kann es ihm in normalen Verhältnissen nicht entziehen und da ist es als Gegengewicht nichts als billig, dass ihr auf dem Weg eines Konkursprivilegs ein gewisser Schutz für ihr Frauengut gewährt werde. Diese ratio fällt aber weg, wo das Frauengut dem Mann entzogen und unter Verwaltung eines Vormunds gestellt wird. Da hätte ein besonderes Konkursprivileg keine Berechtigung mehr.

Dagegen ist der im ersten Konkurs verlorene Teil des Weiberguts als privilegiert in 4. Klasse zu locieren. Er war nach dem alten Konkursgesetz privilegiert, wie der erlangte Glücksschein ausweist. Dieses einmal erlangte Privileg ist ein wohl erworbenes Recht und kann vom neuen eidgenössischen Gesetz nicht mehr aufgehoben werden. Unser kantonales Einführungsgesetz zum Bundesgesetz bestimmt das allerdings nicht ausdrücklich. Es liegt aber in der Konsequenz unseres Güterrechtssystems und das zürcherische Einführungsgesetz hat aus demselben System diese Konsequenz auch ganz ausdrücklich gezogen.

(Amtsber. d. Oberger. für 1892 Anh. S. 52 f.)

---

# I. Alphabetisches Sachregister.

# II. Gesetzesregister.

### *I. Bundesverfassung.*



### *II. Obligationenrecht.*

---

# III. Register nach Kantonen geordnet.

---

**Zürich.**

**Bern.**

Nr. 24a (Art. 82 B. G. über Betr. und Konk.). — Nr. 63 (Eisenbahnhaftpflichtges.). — Nr. 118 (Art. 59 B. Verf.).

**Luzern.**

Nr. 19. — Nr. 56 (Art. 294 O. R.). — Nr. 58 (Art. 346 O. R.). — Nr. 95 (Art. 246 f. O. R.).

**Glarus.**

Nr. 120 (Art. 34 O. R.).

**Freiburg.**

Nr. 24 b und c (Loi P. et F. Art. 82). — Nr. 57 (Art. 294. 504 C. O.). — Nr. 102 (Loi P. et F. Art. 17, 56, 250).

**Baselstadt.**

Nr. 16 (Art. 1 O. R.). — Nr. 21 (Art. 351, 110 O. R.). — Nr. 23 (B. G. über Ehe Art. 46, 47). — Nr. 26 (B. G. über Betr. und Konk. Art. 319 Ziff. 3, Art. 331). — Nr. 59 (Art. 571, 136 O. R.). — Nr. 61 und 62 (B. G. über Ehe, Art. 46). — Nr. 100. – Nr. 123 (Art. 329 O. R.).

**Basellandschaft.**

Nr. 125 (Art. 502, 503 O. R.).

**Schaffhausen.**

Nr. 93 (Art. 65 O. R.). — Nr. 128 (Art. 219 B. G. betr. Betr. und Konk.).

**St. Gallen.**

Nr. 99 (Art. 430, 439, 440 O. R.).

**Thurgau.**

Nr. 18 (Art. 17, 181 O. R.). — Nr. 96 (Art. 394 O. R.).

**Vaud.**

Nr. 25 (Loi P. et F. Art. 182). — Nr. 52 (Art. 224 C. O.). — Nr. 101 (Art. 92 Loi P. et F.). — Nr. 119 (Art. 1, 18, 19 C. O.).

**Neuchâtel.**

Nr. 50 (Art. 50, 65 C. O.). — Nr. 124 (Art. 335 C. O.).

**Genève.**

Nr. 17 (Art. 12, 14 C. O.). — Nr. 51 (Art. 67, 68 C. O.). — Nr. 54 (Art. 110, 283 C. O.). — Nr. 94 (Art. 145 C. O.). — Nr. 98 (Art. 427 C. O.). — Nr. 121 (Art. 50 C. O.). — Nr. 127 (Loi féd. sur les marques de fabr.).

---

## Berichtigung.

In Nr. 9 Ueberschrift Zeile 2 ist statt vorbehaltliche zu lesen: vorbehaltlose.

38 (?)

# Revue

der

# Gerichtspraxis im Gebiete

des

# Bundescivilrechts

XII. Band

---

# Revue

de la

# jurisprudence en matière

de

# droit civil fédéral

XII^e Volume

Basel
R. Reich vormals C. Detloff's Buchhandlung
1894

# Revue

der

# Gerichtspraxis im Gebiete

des

# Bundescivilrechts.

XII. Band.

---

# Revue

de la

# jurisprudence en matière

de

# droit civil fédéral.

XII^e Volume.

Beilage zur Zeitschrift für schweizerisches Recht, Neue Folge, Band XIII.

**Basel.**
R. Reich vormals C. Detloff's Buchhandlung.
1894.

## A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

1. *Art. 56 ff. B.-Ges. betreffend die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893. Gegen welche Urteile ist die Berufung an das Bundesgericht zulässig? Ist dieselbe auch gegen Konkurserkenntnisse statthaft?*

Legt man den Art. 56 des cit. B.-Ges. dahin aus, dass derselbe die Berufung nur gegen solche Urteile der kantonalen Gerichte zulässt, durch welche über einen privatrechtlichen Anspruch entschieden worden ist, — wofür einerseits der Ausdruck „Civilrechtsstreitigkeit" in Art. 56 und andrerseits der Umstand spricht, dass in Art. 63 Ziff. 4 Abs. 2 nur diejenigen im beschleunigten Verfahren zu erledigenden Rechtsstreitigkeiten genannt sind, in welchen es sich um materiellrechtliche Ansprüche handelt, während z. B. der Arrestprozess (Art. 279 B.-Ges. betr. Schuldbetreibung und Konkurs) nicht erwähnt ist — so ist ohne weiters klar, dass die Berufung gegen Entscheide betreffend Konkurseröffnung unstatthaft ist. Denn durch solche Entscheide wird nicht ein privatrechtlicher Anspruch erledigt, sondern über das Recht des Gläubigers auf Konkurseröffnung entschieden. Allein wenn man auch aus den oben angeführten Momenten nicht den Schluss ziehen wollte, dass die Berufung nur gegen Endurteile in eigentlichen Civilrechtsstreitigkeiten zulässig sei, sondern dieselbe auch gegen Urteile über prozessualische Ansprüche, sofern für dieselben das eidgenössische Recht massgebend ist und sie zur bürgerlichen Gerichtsbarkeit gehören, wie z. B. über den Arrestanspruch, zulässig erachtete, so wäre doch die Berufung gegen Konkurserkenntnisse unstatthaft; denn darüber kann nach dem Gesetze (insbesondere den Art. 56, 63 Ziff. 4 Abs. 2, Art. 65) ein begründeter Zweifel nicht obwalten, dass die Berufung an das Bundesgericht nur gegen solche Urteile zulässig ist, durch welche eine eigentliche nach den Regeln des ordentlichen Civilprozesses, sei es im ordentlichen oder im beschleunigten Verfahren behandelte Rechtsstreitigkeit erledigt worden ist, nicht dagegen gegen die gemäss

dem eidgenössischen Schuldbetreibungs- und Konkursgesetze im summarischen Verfahren erlassenen Erkenntnisse, wie die Konkurserkenntnisse, auch wenn sie in der Form des Urteils erfolgen. (Entsch. v. 27. Oktober 1893 i. S. Piguet.)

---

2. *Art. 56 ff. B.-Ges. betreffend Organisation der Bundesrechtspflege; Art. 472 und 473 O. R. Art. 250 und 260 B.-Ges. betreffend Schuldbetreibung und Konkurs. 1. Streitigkeiten über Existenz von Konkursforderungen, Streitwert, Beweislast. 2. Zahlung der Schuld eines Andern ohne Auftrag, Anspruch des Zahlenden gegen den Schuldner. 3. Geltendmachung einer im Kollokationsplan nicht aufgenommenen Forderung der Konkursmasse durch einen einzelnen Konkursgläubiger, Voraussetzung.*

Bei Konkursstreitigkeiten repräsentiert die Forderung, wie sie gestellt ist, nicht die mutmassliche Konkursdividende, den Streitwert.

Hat Jemand ohne Auftrag Schulden eines Andern bezahlt, um die dafür bestellten, dem Zahlenden gehörigen, Faustpfänder auszulösen, so hat er, sofern er nicht nach Art. 472 O. R. Ersatz fordern kann, doch nach Art. 473 einen Anspruch, soweit der Schuldner durch die Zahlung bereichert ist. Die Höhe der Bereicherung ist durch die geleistete Zahlung und Liberierung des Schuldners gegeben.[1])

Der Umstand, dass der die angemeldete Forderung bestreitende Gläubiger die Stelle des Klägers übernehmen muss. ändert an dem materiellen Beweisrecht, wonach derjenige, der einen Anspruch erhebt, denselben auch zu begründen hat, nichts.

Art. 250 B.-Ges. betreffend Schuldbetreibung und Konkurs giebt dem einzelnen Gläubiger bloss das Recht, die von einem andern geltend gemachten Forderungen zu bestreiten. Die Geltendmachung im Kollokationsplan nicht aufgenommener Forderung der Konkursmasse steht nur dieser selbst, bezw. ihren Organen zu, und ein einzelner Gläubiger ist nach Art. 260 cit. Ges. erst dann berechtigt, dieselbe selbständig geltend zu machen und gegenüber der von ihm bestrittenen Forderung eines andern Konkursgläubigers zur Kompensation zu verstellen, wenn infolge Verzichts seitens der Gesammtheit der Gläubiger die Abtretung an ihn erfolgt ist. (Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts § 65 S. 398 und § 93 Ziff. 3 S. 560.)

---

[1]) Siehe unten No. 5 und Revue XI Nr. 69.

Massgebend für die Frage, ob Jemand zur Beanspruchung einer Vergütung für geleistete Dienste befugt sei, ist nicht bloss, ob die Parteien ausdrücklich eine Remuneration vereinbart haben, sondern ob der Dienstleistende der Natur der Sache nach eine solche erwarten durfte; in diesem Falle gilt eine Vergütung nach Art. 338 Abs. 2 O. R. als stillschweigend vereinbart. Vgl. Hartmann, im Archiv für civ. Praxis Bd. 72 S. 245 f. (Entsch. v. 10. November 1893 i. S. Jäggi & Cie c. Erben Segesser.)

---

3. *Art. 56 ff. B.-Ges. betreffend Organisation der Bundesrechtspflege und Art. 327 B.-Ges. betreffend Schuldbetreibung und Konkurs. Zwischenklasse für gewisse bisher kantonalrechtlich bevorzugte Forderungen; bezügliche kantonale Gesetzesvorschriften; ist wegen Verletzung derselben die Berufung an das Bundesgericht zulässig?*

Art. 327 B.-Ges. betreffend Schuldbetreibung und Konkurs bestimmt, dass im Kanton Bern u. s. w. eine Forderung, für welche vor dem 1. Januar 1892 eine „Obligation" ausgestellt oder in einem „Grundpfandgeschäft" Hab und Gut des Schuldners verschrieben worden ist, bei einem vor dem 1. Januar 1900 eröffneten Konkurs oder einer vor diesem Tage vollzogenen Pfändung, in einer besonderen Rangklasse zwischen der IV. und V. Klasse zur Befriedigung angewiesen werden könne, sofern die Forderung vor dem 1. Januar 1893 in ein öffentliches Buch eingetragen worden sei. Diese Bestimmung erteilt, insoweit sie für die Zeit bis 1. Januar 1900 für gewisse Forderungen die Anweisung in eine Zwischenklasse zwischen die IV. und V. Klasse und somit eine Ausnahme von der in Art. 219 leg. cit. aufgestellten Rangordnung zulässt, lediglich ein Zugeständnis an die betreffenden Kantone, von welchem dieselben Gebrauch machen können oder nicht, und wobei die Einführung dieser Zwischenklasse nur an die Bedingung geknüpft ist, dass die Forderung innert der angegebenen Frist in ein öffentliches Buch eingetragen werde. Es bedurfte also, um für den Kanton Bern diese Zwischenklasse für die erwähnte Übergangszeit einzuführen, eines hierauf gerichteten Aktes der kantonalen Gesetzgebung und es hatte derselbe dabei auch die nähern Vorschriften über die Einrichtung und Führung des Buches, sowie über die sachliche und örtliche Zuständigkeit für die Eintragung der Forderung zu erlassen. Denn das Bundesgesetz enthält hierüber keine Bestimmungen, sondern verlangt lediglich all-

gemein die Eintragung der Forderung in ein öffentliches Buch als Bedingung für Aufstellung der Zwischenklasse.

Art. 333 leg. cit. sieht hiefür ausdrücklich kantonale Einführungsbestimmungen vor und unterwirft dieselben der Genehmigung des Bundesrates. Wenn daher in dem bezüglichen bernischen Dekret über die Eintragung der Obligationen im Kanton Bern bestimmt ist, dass die Anmeldung zur Eintragung bei der Amtsschreiberei des Bezirkes erfolgen müsse, in welchem die verpflichtete Person im Zeitpunkt der Anmeldung ihren Wohnsitz habe, so hat der Grosse Rat des Kantons Bern hiebei innert der ihm durch citiertes Bundesgesetz eingeräumten Kompetenzen gehandelt. Ist daher einzig streitig, bezw. hängt die Gutheissung einer Klage lediglich davon ab, ob den Vorschriften jenes Dekretes Genüge geleistet sei, so ist für die Beurteilung dieses Streites nicht eidgenössisches sondern kantonales Recht massgebend und daher die Weiterziehung dieser Sache an das Bundesgericht unzulässig; denn es mangelt eben die Voraussetzung, dass dieselbe nach eidgenössischem Recht zu entscheiden sei. (Entsch. v. 20. Oktober 1893 i. S. Künzli c. Schütz.)

---

4. *Art. 50, 55 und 64 O. R. Schadenersatzklage wegen Injurie. Kritik des Geschäftsgebahrens einer Person. Stehen kantonale Gesetzesbestimmungen, wonach Mitglieder des Kantonsrates nur mit Ermächtigung dieser Behörde wegen in derselben gethanen Aeusserungen verfolgt werden dürfen, im Widerspruch mit Art. 50 und 55 O. R. Zur Auslegung des Art. 64 ibidem.*

1. Die wahre Thatsache anzuführen, dass die Polizeibehörden sich mit der Frage beschäftigen, wie dem Ratenloshändler B. beizukommen sei, war K. ohne Zweifel befugt. Ebenso war er berechtigt der Überzeugung Ausdruck zu geben, dass der Geschäftsbetrieb des B. dem Volkswohl enormen Schaden bringe. Der Überzeugung, dass gewisse Gewerbe, wie der von B. betriebene Hausierhandel in Prämienlosen gegen Ratenzahlung, dem Volkswohl nachteilig seien, muss unverholen Ausdruck gegeben werden dürfen, wenn anders nicht jede Kritik an Auswüchsen im Erwerbsleben, welche dem Effekte nach auf eine Ausbeutung Geschäftsunkundiger und leichtgläubiger Massen hinauslaufen, verunmöglicht werden soll. Eine solche Kritik muss selbst dann erlaubt sein, wenn sie an dem Geschäftsbetrieb bestimmter Personen exemplifiziert und diese nicht gerade angenehm berühren mag. Selbstverständlich dürfen aber dabei nicht

unter dem Deckmantel der Kritik an Übelständen im Erwerbsleben falsche Thatsachen zum Nachteil eines einzelnen Gewerbtreibenden leichtfertiger oder arglistiger Weise behauptet werden.

2. Kantonale Gesetzesbestimmungen, wonach Mitglieder des Kantons- (oder Grossen) Rates wegen einer in diesem Rate gehaltenen Rede nur dann (strafrechtlich und) civilrechtlich verfolgt werden dürfen, wenn der Kantonsrat dazu die Ermächtigung erteilt, stehen nicht im Widerspruch mit Art. 50 f. O. R. — Art. 64 dieses Gesetzes ist in dem Sinne aufzufassen, dass darunter nicht bloss die Beamten, welche in einem Dienstverhältnis zum Staate stehen, sondern auch die Beamten im weitern Sinne zu verstehen sind. Der Kantonsrat ist eine Behörde und zwar eine solche, welcher die Ausübung der wichtigsten staatlichen Hoheitsrechte anvertraut sind. Dass Art. 64 O. R. auch die Mitglieder solcher Behörden umfasst, ergiebt sich aus der ratio legis, derzufolge bei Regelung der Entschädigungspflicht aus öffentlich-rechtlichen Akten neben den civilrechtlichen auch öffentlich-rechtliche Gesichtspunkte in Betracht kommen können. Der kantonalen Gesetzgebung wird daher vorbehalten, diesen öffentlich-rechtlichen Erwägungen Rechnung zu tragen und die Anwendung der allgemeinen civilrechtlichen Grundsätze auszuschliessen. Diese ratio legis trifft aber für die öffentlich-rechtlichen Handlungen aller zur Ausübung der öffentlichen Gewalt berufenen Personen und nicht zum Mindesten bei den Amtshandlungen der Mitglieder der parlamentarischen Körperschaften zu. (Entsch. v. 17. November 1893 i. S. Bernhard c. Krebs.)

---

5. *Art. 813 und Art. 70 f. O. R. 1. Wechselbereicherungsklage, Berechtigte; steht dieselbe dem zahlenden Domiziliaten zu? 2. Ansprüche des zahlenden Domiziliaten gegen den Hauptwechselschuldner, Art. 400, 472 O. R. 3. Civilrechtliche Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung, Beweislast. Befreiung des Beklagten von einer Schuld.*

Die Wechselbereicherungsklage steht nur dem Wechseleigentümer, d. h. demjenigen, zu, welcher einen präjudizierten oder verjährten Wechsel als Remittent oder durch gültiges Indossament erworben hat, nicht dagegen dem Wechseldomiziliaten, der den Wechsel bezahlt und damit die Wechselobligation getilgt hat.

Die Ansprüche des zahlenden Domiziliaten aus der Zahlung bestimmen sich nach dem der Zahlung zu Grunde liegen-

den civilrechtlichen Verhältnis (Mandat, Geschäftsführung ohne Auftrag).

Bei der Bereicherungsklage nach Art. 70 O. R. hat der Kläger lediglich darzuthun, dass dem Beklagten ohne materielle Rechtfertigung eine Zuwendung zugekommen sei. Sache des Beklagten ist es, zu behaupten, und nötigenfalls zu beweisen, dass er zur Zeit der Anhebung der Klage aus der Zuwendung nicht mehr bereichert sei. Dieser Beweis liegt, wenn die Bereicherung des Beklagten darin besteht, dass der Kläger eine Schuld desselben bezahlt hat, nicht schon in dem Umstande, dass Beklagter zur Zeit der Anstellung der Klage gänzlich vermögenslos ist. Denn auch in diesem Falle dauert die durch Befreiung des Beklagten von einer Schuld bewirkte Bereicherung fort.[1] (Entsch. v. 17. Nov. 1893 i. S. Fritschin c. Jeissi.)

---

6. *Art. 210 ff., Art. 198 O. R. Ist für die Verpfändung grundversicherter Forderungen eidgenössisches oder kantonales Recht massgebend?*

Das eidgenössische O. R. enthält in Art. 210 ff. Bestimmungen über die Verpfändung von beweglichen Sachen und Inhaberpapieren (Art. 210), von Wechseln und andern indossablen Papieren (Art. 214) und von „andern Forderungen" (Art. 215). Einen ausdrücklichen Vorbehalt des kantonalen Rechts, wie er in Art. 105 für die Amortisation, in Art. 130 für das Erlöschen, in Art. 146 für die Verjährung, in Art. 198 für die Abtretung, in Art. 414 für die Anweisung grundversicherter Forderungen und in Art. 337 O. R. für das grundversicherte Darlehen ausgesprochen ist, enthält das Gesetz rücksichtlich der V e r p f ä n d u n g grundversicherter Forderungen nicht. Allein nichts destoweniger darf nicht arg. e contrario gefolgert werden, dass somit für die Verpfändung der grundversicherten Forderungen, da hier das kantonale Recht nicht ausdrücklich vorbehalten sei, eidgenössisches Recht gelte. Diese Schlussfolgerung erscheint vielmehr nach Inhalt und Zusammenhang der Vorschriften des O. R. als ausgeschlossen. Das Recht der grundversicherten Forderungen steht in engstem Zusammenhange mit dem, kantonalrechtlicher Regelung vorbehaltenen Immobiliarsachenrechte, speziell dem Hypothekarrechte. Das kantonale und nicht das eidgenössische Recht normiert demgemäss die rechtliche Natur der grund-

[1] S. oben Nr. 2.

versicherten Forderungen, bestimmt darüber, ob und inwieweit die hypothekarischen Titel als Wertpapiere, bei welchen das Recht an die Urkunde geknüpft ist und in derselben sich verkörpert, oder aber als blosse Beweisurkunden sich qualifizieren. Das O. R. bestimmt hierüber nichts und konnte ohne unzulässigen Eingriff in das kantonale Recht der Grundversicherung hierüber nichts bestimmen. Demgemäss hat denn auch das O. R. in Art. 198 O. R für die Abtretung grundversicherter Forderungen das kantonale Recht vorbehalten. Denn selbstverständlich ist für die Abtretung einer Forderung deren rechtliche Natur (ob Wertpapier oder gewöhnliche Schuldscheinforderung) bestimmend. Die Regeln, welche für die Abtretung gelten, müssen naturgemäss andere sein, je nachdem es sich um eine Wertpapier- oder um eine gewöhnliche Schuldscheinforderung handelt; es bestimmt sich auch der Übergang des für grundversicherte Forderungen bestehenden Pfandrechts einzig nach kantonalem Sachenrechte. Nun kann allerdings nicht gesagt werden, dass Art. 198 O. R. unmittelbar auch die Verpfändung grundversicherter Forderungen betreffe, weil die Verpfändung einer Forderung sich als eine bedingte oder beschränkte Abtretung charakterisiere. Denn diese Auffassung der Forderungsverpfändung kann nicht als zutreffend anerkannt werden (vergl. dagegen z. B. Sohm, die Lehre vom subpignus, S. 41 und ff.). Allein auf der andern Seite ist klar, dass die gleichen Gründe, welche dazu führten, für die A b t r e t u n g grundversicherter Forderungen das kantonale Recht vorzubehalten, auch dafür sprechen, die Regelung der V e r p f ä n d u n g grundversicherter Forderungen dem kantonalen Recht zu überlassen. Wie für die Abtretung, so heischt auch für Form und Wirkung der Verpfändung die rechtliche Natur des Pfandobjektes Berücksichtigung. Das eidgen. O. R. selbst anerkennt dies, indem es hinsichtlich der Verpfändung zwischen beweglichen Sachen und Inhaberpapieren, indossablen Papieren und „andern Forderungen" unterscheidet und seine Bestimmungen der verschiedenen rechtlichen Natur dieser Pfandobjekte anpasst. Angesichts dieses innern Zusammenhangs zwischen der rechtlichen Natur des Pfandobjekts und den Formen und Wirkungen der Verpfändung, darf gefolgert werden, dass das O. R. seine Bestimmungen über die Verpfändung überhaupt nur für Forderungen habe aufstellen wollen, deren Natur durch das eidgenössische Recht selbst normiert ist, nicht aber für grundversicherte Forderungen, deren rechtliche Natur das kantonale Recht feststellt, dass somit der in Art. 215 O. R. enthaltene

Ausdruck „andere Forderungen“ in diesem beschränkten Sinne anderer überhaupt durch das eidgenössische Recht normierter Forderungen zu verstehen sei. Hiefür spricht denn auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes, speziell des Art. 215 (vergl. hierüber wie überhaupt für die hier vertretene Auslegung des Gesetzes Hafner, Rechtsgutachten über die Rechtsnatur der appenzell-ausserrhodischen Zeddel, sowie Zeitschrift für schweiz. Recht, neue Folge, Bd. 7, S. 68 u. ff., insbes. S. 80 u. ff.), in Verbindung mit dem Umstand, dass die Verpfändungsform des Art. 215 O. R. für an Urkunden geknüpfte Forderungen, als was sich die grundversicherten Forderungen nach den kantonalen Rechten wohl zumeist qualifizieren, gar nicht passt (s. darüber Hafner a. a. O.).

Das O. R. hat in Art. 199 u. ff., wie in Art. 210 und 213, nur körperliche bewegliche Sachen, die lediglich als körperliche Rechtsobjekte, nicht gleichzeitig als Träger von Rechten von Bedeutung sind, und die zu diesen gezählten Inhaberpapiere, nicht dagegen andere Wertpapiere im Auge. Dies ergiebt sich rücksichtlich der hier in Frage stehenden Art. 210 und 213 O. R. schon aus ihrem Wortlaute (verbis „bewegliche Sachen oder Inhaberpapiere“) ganz unzweideutig. Hypothekarinstrumente fallen also jedenfalls dann, wenn sie nicht als reine (vollkommene) Inhaberpapiere sich darstellen, nicht unter die Vorschriften des Art. 210 und 213 O. R. (wie übrigens auch nicht unter diejenigen der Art. 199 u. ff.).

Stellt das kantonale Recht den Verkehr mit Grundpfandbriefen (Gülten), speziell hinsichtlich des Schutzes des redlichen Besitzers, dem Verkehr mit beweglichen Sachen gleich, so dass dafür jeweilen einfach die zur Zeit geltenden allgemeinen Regeln des Mobiliarsachenrechtes zur Anwendung kommen und daher, nachdem diese durch das O. R. normiert sind, die betreffenden Vorschriften dieses Gesesetzbuchs inhaltlich, gemäss dem Willen des kantonalen Gesetzgebers auch für den Verkehr mit Gülten massgebend sind (s. darüber Huber, Schweiz. Privatrecht III, S. 451 u. f.; vergl. auch amtl. Sammlung der bundesgerichtl. Entscheidungen, Bd. 15, S. 853, Erw. 6), so kommen die im eidg. O. R. enthaltenen Vorschriften über den Schutz des redlichen Besitzers für den Gültverkehr nicht als eidgenössisches, sondern als kantonales Recht, nicht kraft Willen und Anordnung des eidgenössischen, sondern des kantonalen Gesetzgebers zur Anwendung. (Entsch. v. 9. Sept. 1893 i. S. Stirnimann c. Volksbank Luzern.)

7. *Art. 398 und 469 O. R. Pflicht zur Rechnungsstellung und Umfang derselben.*

Die Pflicht zur Rechnungsstellung ist gegeben, wo Jemand die Geschäfte eines andern führt, sei es als Mandatar (Art. 398 O. R.) oder als negotiorum gestor u. s. w.

Für den Umfang der Rechenschaftspflicht bezw. die Frage, ob der Rechnungsführer auch zur Vorlage der Belege für die einzelnen Rechnungsposten verpflichtet sei, ist das Interesse des Berechtigten entscheidend. Dieses Interesse ist bezüglich der Einnahmeposten unzweifelhaft vorhanden. Der Rechnungsherr muss controlieren können, ob der Rechnungsführer die Einnahmen in vollem Umfange gebucht hat, und diese Controle wird nur ermöglicht durch die Vorlage der Belege. Bähr, Jahrb. für Dogmatik XIII, S. 273 und Klewitz, Verpflichtung zur Rechnungsstellung, S. 8.[1]) (Entsch. vom 27. Okt. 1893 i. S. Schmid-Bregger & Cie c. Donlé.)

---

8. *Art. 512 ff. Begriff des Differenzgeschäftes. Stillschweigender Abschluss eines solchen; konkludente Thatsachen.*

In grundsätzlicher Beziehung hat das Bundesgericht in konstanter Praxis sich dahin ausgesprochen, dass das Kriterium des klaglosen reinen Differenzgeschäftes darin zu suchen ist, dass die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend durch übereinstimmenden Vertragswillen Recht und Pflicht wirklicher Lieferung und Abnahme ausschliessen wollen, so dass Vertragsgegenstand bloss die Cursdifferenz ist. Auf diesen Parteiwillen darf, wie das Bundesgericht früher[2]) ausgesprochen hat, namentlich auch dann geschlossen werden, wenn zwischen der ökonomischen Lage eines Spekulanten und der Bedeutung der Börsengeschäfte desselben ein derartiges Missverhältnis besteht, dass der Spekulant an Übernahme einer Pflicht zur Realerfüllung vernünftigerweise gar nicht denken kann, und dieses Missverhältnis seinem Mitkontrahenten bekannt ist. An dieser Praxis ist festzuhalten. Ein Rechtsirrtum liegt auch nicht darin, dass die kantonalen Gerichte diejenigen Geschäfte, bei welchen die beklagte Kreditbank als Kommissionär thätig war, hinsichtlich der Spieleinrede auf die gleiche Linie mit den direkten Käufen und Verkäufen gestellt haben. Denn der Kommissionär, der bei Börsengeschäften den Namen seines Käufers oder

---

[1]) Vergl. auch Archiv f. bürg. Recht, Bd. III, S. 373 ff.
[2]) Revue XI Nr. 36.

Verkäufers nicht nennt, handelt als Selbstkontrahent, und überdies ist ein wissentlich zu Zwecken des Börsenspiels gewährter Vorschuss, wie ein solcher zu reinen Spiel- oder Wettzwecken, klaglos. (Entsch. v. 28. Okt. 1893 i. S. Allg. Kreditbank c. Respinger.)

---

9. *Art. 603, 882, 891 O. R. Vor dem 1. Januar 1883 gegründete Kommanditgesellschaft, Haft des Kommanditärs gegenüber den Gesellschaftsgläubigern, anwendbares Recht. Direktes Klagerecht der Gläubiger.*

Für die Rechtsverhältnisse einer vor dem 1. Januar 1883 begründeten Kommanditgesellschaft Dritten gegenüber, insbesondere auch für die Haftung des Kommanditärs gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft, ist in Betreff der seit jenem Tage abgeschlossenen Rechtsgeschäfte das eidgenössische O. R. und nicht das zur Zeit der Eingehung der Gesellschaft geltende kantonale Recht entscheidend.[1])

Die Klage der Gläubiger einer aufgelösten, jedoch nicht im Konkurse befindlichen Kommanditgesellschaft gegen den Kommanditär, welcher die Kommanditsumme nicht eingeworfen oder wieder zurückgezogen hat (Art. 603 O. R.), geht nicht auf Einzahlung jener Summe zum Gesellschaftsvermögen, sondern steht einem jeden Gläubiger in seinem individuellen Interesse zu. Wird daher diese Klage von mehreren Gesellschaftsgläubigern gemeinsam erhoben, so liegt eine subjektive und objektive Klagenhäufung vor. (Entsch. v. 11. Novbr. 1893 i. S. Rilliet gegen die Gesellschaftsgläubiger von Turrian & Cie.)

---

10. *Art. 350 und 364, 338, 36 O. R. Werkvertrag oder Dienstvertrag, verbunden mit Mandat? Geschäftsabschluss durch bevollmächtigten Stellvertreter, Haft des Vertretenen.*

Ein Vertrag folgenden Inhalts:

„B. donne à O. pleins-pouvoirs de diriger et conclure les marchés de toutes branches de métiers et art pour la construction d'une maison, tout en se conformant strictement au préavis et devis établi et détaillé se montant à la somme de fr. 24,385. 25.

„B. ayant déclaré formellement ne pouvoir dépasser la somme de 20,000 fr. pour la dite construction, y compris les

---

[1]) Vgl. Revue VI Nr. 93.

honoraires de O., lesquels sont fixés à 2000 fr., laisse toute latitude à O. de porter les modifications au projet quant aux prix à débattre et marchés à traiter avec les entrepreneurs, en tenant compte qu'il devra donner une bonne construction.

„Cette latitude est laissée à O., afin qu'il puisse ne pas dépasser les 20,000 fr. convenus.

„O. délivrera des bons aux entrepreneurs selon les conditions qu'il a avec eux,et B. paiera à présentation. Toutefois chacun des entrepreneurs laissera un reliquat de compte de 5% pendant 6 mois, à charge par B. d'en payer l'intérêt à 4% . . . .

„B. paiera à titre d'honoraires à O. une somme de deux mille francs à charge pour O. de diriger les travaux et d'en assurer la bonne exécution, de débattre et conclure les marchés avec les entrepreneurs, confectionner les plans, toiser, mesurer, vérifier les comptes, en un mot B ne s'occupera de rien, le tout étant à la charge et responsabilité de O.,"

ist kein Werkvertrag, speziell kein Werkvertrag im Sinne des Art. 364 O. R., sondern ein Dienstvertrag, verbunden mit einem Mandat. Die Bauhandwerker, welchen O. die Arbeiten als Vertreter und im Namen des B. übertragen, können auch im Falle der Überschreitung der zwischen B. und O. vereinbarten Bausumme von B. volle Bezahlung ihrer Leistungen verlangen. Für diese Ueberschreitung ist nur O. gegenüber B. verantwortlich. (Entsch. v. 4. Nov. 1893 i. S. Blazy c. Kaeser.)

--

11. *Art. 286, 287 B. Ges. betr. Schuldbetreibung und Konkurs. Begünstigung eines Gläubigers durch Begründung von Pfandrechten. Anfechtung, Beweislast. Begriff der Ueberschuldung.*

Die Bestellung eines Pfandrechtes zur Sicherung einer bereits bestehenden Verbindlichkeit, zu deren Sicherstellung der Schuldner nicht schon früher verpflichtet war, enthält nicht eine freigebige Verfügung im Sinne des Art. 286 leg. cit., sondern fällt unter Art 287 Ziff. 1 ibidem.

In den Fällen des Art. 287 hat der Anfechtungskläger den Beweis zu leisten, dass die angefochtene Rechtshandlung innerhalb der letzten 6 Monate vor der Pfändung oder Konkurseröffnung vorgenommen worden und der Schuldner im Zeitpunkt der Vornahme bereits überschuldet gewesen sei. Dem Anfechtungsgegner liegt dagegen der Beweis ob, dass

er die Vermögenslage des Schuldners in jenem Zeitpunkt nicht gekannt habe.

Ueberschuldung im Sinne des Art. 287 ist vorhanden, wenn die Passiven des Schuldners durch die Aktiven nicht gedeckt sind, auch wenn der Schuldner in der Lage gewesen sein sollte, die im betreffenden Zeitpunkte fälligen Verpflichtungen zu erfüllen. (Entsch. v. 15. Sept. 1893 i. S. Neuenburger Kantonalbank c. Konkursmasse Alf. Bovet.)

## B. Entscheide kantonaler Gerichte.

12. *Anwendbarkeit eidgenössischen oder kantonalen Rechtes auf Nebenberedungen bei Liegenschaftskäufen?*

**Luzern.** Urteil des Obergerichts v. 20. Juli 1892.

Am 10. Sept. 1890 verkaufte J. F. dem J. R. sein Haus nebst Krämereigeschäft. Der Käufer klagte nun gegen den Verkäufer auf Fr. 150 Entschädigung, weil letzterer entgegen einem anlässlich des Kaufes gegebenen Versprechen durch fortgesetztes Krämern dem Kläger Konkurrenz mache. Der Beklagte bestritt ein solches Versprechen gegeben zu haben, und opponierte gegen die Zulässigkeit einer bezüglichen Beweisführung, weil es sich vorliegend um einen Liegenschaftskauf handle, für den nach Art. 231 O. R. in allen Teilen kantonales Recht massgebend sei, dieses aber in § 534 b. G. B. bestimme, dass bei schriftlichen Verträgen auf Nebenverabredungen keine Rücksicht zu nehmen sei, welche nicht in die Urkunde selbst aufgenommen worden seien; der angetragene Beweis sei daher einflusslos. Beide Instanzen verwarfen diese Einwendung und liessen den Beweis zu. Das Obergericht sagt in seinen Motiven:

Mit Bezug auf das vorliegende Konkurrenzverbot gilt eidgenössisches Recht. Dieses Verbot bildet allerdings einen Bestandteil des Liegenschaftskaufs, jedoch einen solchen, der getrennt werden kann und selbständige rechtliche Bedeutung hat. Es handelt sich diesfalls um einen selbständigen Nebenvertrag, der für sich abgesondert vor Gericht geltend gemacht werden kann. Ist dieses aber der Fall, so sind be-

züglich desselben die Bestimmungen des schweiz. O. R. massgebend. So auch Urt. des B. Ger. i. S. Heierli c. Hartmann 21. April 1889 (Entsch. XV Nr. 55). Wenn der Rekurrent behauptet, es habe sich diesbezüglich gar keine konstante bundesgerichtliche Praxis gebildet, und sich dafür auf das Urteil des B.-Ger. i. S. Mikolajczak c. Brunner (Entsch. XIII S. 506) beruft, so ist dagegen zu bemerken, dass in diesem Falle nicht die Frage zu lösen war, ob mit Bezug auf ein mit einem Liegenschaftskaufe verbundenes Konkurrenzverbot kantonales oder eidgenössisches Recht gelte, sondern ob bei Liegenschaftskäufen die Bestimmungen des allgemeinen Teiles des schweiz. O. R. betreffend dolus u. s. w. oder das kantonale Recht in Anwendung komme. Da es sich also in beiden Fällen um ganz verschiedene Fragen handelte, so kann von einem Widerspruche in der Praxis des Bundesgerichtes nicht gesprochen werden. Kommt nun aber für das vom Kläger behauptete Konkurrenzverbot das schweiz. O. R. zur Geltung und nicht § 534 des luz. b. G. B., so besteht für die Zulassung des Beweises kein rechtliches Hindernis. (Verh. des luz. Obergerichts v. 1892, Nr. 145.)

13. *Schadenersatz infolge illoyaler Prozessführung. Art. 50, 55 O. R.*

**Glarus.** Urteil des Obergerichts (1892).

Im Nachlasse von J. F., gestorben 1881, fand sich ein Kaufbrief vom Jahre 1857 vor, worin sich der Käufer zur Zahlung von 1000 Fr. verpflichtet hatte. Trotzdem in diesem Titel der Empfang jener Summe vom Verkäufer bescheinigt war, forderten des letzteren Erben die Fr. 1000, weil sie die Echtheit der im Kaufbriefe enthaltenen Empfangsbescheinigung in Zweifel zogen. Nach erfolglosem Vermittlungsversuch erhoben sie Klage, verzögerten dann die Prosequierung des Prozesses und erklärten endlich auf Provokationsklage des Beklagten den Abstand vom Prozesse. Der Beklagte verlangte nun Ersatz der verursachten Kosten und Auslagen und eine angemessene Entschädigung auf Grund von Art. 50 ff. O. R. Das Obergericht sprach ihm eine Entschädigung von Fr. 188. 50 zu.

Motive: Die Anhebung des die Grundlage der heutigen Klage bildenden Prozesses qualifiziert sich als unerlaubte Handlung und hat eine ernstliche Verletzung in den persönlichen Verhältnissen des heutigen Klägers bewirkt.

Denn das Benehmen der heutigen Beklagten in der Verfolgung ihres unbegründeten Anspruchs, abgesehen von der erst zehn Jahre nach dem Tode des Erblassers erfolgten Prozesseinleitung, angesichts der den Parteien zur Verfügung gestandenen Prozessakten, speziell des mit der Quittung versehenen Kaufbriefes und des Rechenbuches, ist als ein böswilliges und den Kläger in seinen persönlichen Verhältnissen verletzendes zu betrachten. Zufolge des Umstandes, dass die heutigen Beklagten, obschon sie sich durch Einsicht des in ihren Handen befindlichen Rechenbuches, worin die Tilgung der 1000 Fr. vorgemerkt war, von dem Gegenteile leicht hätten überzeugen können, und dadurch, dass sie die Echtheit der im Kaufbriefe enthaltenen Quittung in Zweifel zogen, wurde der heutige Kläger zum mindesten des Gebrauchs einer falschen Urkunde bezichtigt und dadurch ihm in ungerechter Weise eine schwere moralische Unbill zugefügt. Es treffen also die in Art. 50 und 55 O. R. enthaltenen Requisite im vorliegenden Falle zu.

(Amtsber. des Oberger. Glarus 1892—1893, S. 23.)

---

14. *Fristansetzung zur Vertragserfüllung. Voraussetzung causae cognitio des Richters. Art. 122 O. R.*

**Zürich Entscheid des Kassationsgerichtes vom 16. Mai 1893 i S. Müller c. Leuner.**

O. Leuner hatte mit M. Müller einen zweiseitigen Vertrag geschlossen, aus dem er das Recht zu haben glaubte, von M. die notarialische Zufertigung einer Liegenschaft zu verlangen. Er verlangte daher, als M. mit der Erfüllung säumig war, vom Audienzrichter, dass er ihm die Ausführung binnen Frist befehle. Der Audienzrichter setzte dem M. eine Frist von 14 Tagen an, um gemäss dem Vertrage die Zufertigung an L. vollziehen zu lassen, unter der Androhung, „dass sonst angenommen werde, er könne den Vertrag nicht halten und es sei ihm die Zufertigung nicht möglich." Einen Rekurs des M. wies die Rekurskammer des Obergerichts ab und räumte dem M. eine neue Frist zur Vornahme der Fertigung ein, „widrigenfalls angenommen würde, er könne den Vertrag nicht halten." Sie begründete es damit: es handle sich lediglich um eine Fristansetzung im Sinne des Art. 122 O. R., nicht um einen Befehl im Sinne des Ges. betr. Rechtspfl. Hiebei habe der Richter nicht zu prüfen, aus welchen Gründen die Vertragserfüllung verweigert werde und ob sie stichhaltig seien. Denn bei Nichtbeachtung der Frist komme

keine zwangsweise Erfüllung, sondern nur das Rücktrittsrecht desjenigen, der die Frist habe ansetzen lassen, in Frage; über die Folgen des Rücktrittes zu entscheiden, sei Sache des ordentlichen Richters.

Hiegegen erhob M. Nichtigkeitsbeschwerde und begründete den Antrag auf Abweisung des Begehrens Leuners namentlich auch damit, der angefochtene Beschluss beruhe auf unrichtiger Auslegung des Art. 122 O. R.

Die Nichtigkeitsbeschwerde wurde gutgeheissen.

Motive: Nach dem Sinne des Art. 122 O. R. kann darüber kein Zweifel bestehen, dass wenn ein Kontrahent dem andern nicht von sich aus — durch amtliche Anzeige, rekommandierten Brief oder dgl. — den Rücktritt von einem zweiseitigen Vertrage androht, sondern sich an den Richter wendet und von diesem begehrt, dass dem andern Kontrahenten eine Frist zur Erfüllung des Vertrages unter der Androhung angesetzt werde, dass nach Ablauf der Frist der Vertrag aufgelöst sei, Petent also von seinen vertraglichen Verpflichtungen befreit werde, dem Richter über das gestellte Begehren eine Kognition zustehe, soweit eine solche im summarischen Verfahren möglich ist, dass also der Richter mindestens zu prüfen habe, ob ein zweiseitiger Vertrag bestehe und ob sich der Angesprochene im Verzug befinde.

Nach der Begründung des angefochtenen Entscheides muss aber angenommen werden, die Rekurskammer gehe von der Ansicht aus, dass ihr keinerlei Kognition zustehe und ihre Rechtshilfe lediglich die Bedeutung habe, dem Petenten den Beweis dafür zu sichern, dass er dem andern Kontrahenten seine Willensmeinung kund gegeben habe, nach einer vom andern Kontrahenten nicht benutzten Frist vom Vertrage zurückzutreten. Der angefochtene Entscheid steht daher mit klarem Rechte im Widerspruch und ist somit aufzuheben.

(In der Sache selbst wurde das Begehren um jene Fristansetzung wegen Illiquidität des Anspruchs auf die verlangte Liegenschaftszufertigung als für das summarische Verfahren nicht genügend nachgewiesen erklärt und daher abgewiesen.)

(Schweizer Blätter f. handelsr. Entsch. XII [1893], S. 243.)

---

15. *Kauf nach Muster. Verarbeitung des Musters durch den Käufer. Folgen. Art. 268 O. R.*

**Aargau.** Urteil des Handelsgerichts vom 1. Dezember 1892.

R. & Cie stellten im März 1892 an M. & R. eine Anfrage bezüglich Lieferung grauer und dunkler Baumwoll-

hadern, bezw. chaîne coton. M. & R. sagten die Lieferung zu unter der Voraussetzung, dass R. & Cie zuerst von jeder Sorte einen Musterballen beziehen würden, damit später nicht Reklamationen entstehen könnten. Am 26. März fand die Mustersendung statt, auf welche hin eine definitive Bestellung erfolgte. Die Mustersendung selbst wurde in dem Geschäft der Käufer sofort verarbeitet. Nach Empfang der Waaren stellten die Käufer die dunkeln Hadern als schlecht zur Disposition. Der Klage der Verkäufer hielten sie entgegen, dass nicht musterkonform geliefert worden sei, und wollten das nach Massgabe des Art. 268 O. R. durch ihre Arbeiter beweisen. Das Handelsgericht liess diesen Beweis nicht mehr zu und verurteilte die Käufer zur Annahme und Bezahlung der Waare.

Motive: Ein Fall, wie er in Art. 268 O. R. ins Auge gefasst wird, liegt nicht vor, und es muss daher der von den Beklagten beantragte Beweis der Musterwidrigkeit grundsätzlich als unzulässig erklärt werden.

Dass dieser Artikel hier nicht zutrifft, ergiebt sich aus Folgendem: Den Beweis der Musterkonformität hat der Käufer nach Art. 268 O. R. überall da zu führen, wo das Muster bei ihm, auch ohne sein Verschulden, verdorben oder zu Grunde gegangen ist. Dies ist hier nicht geschehen, denn unter Verderben oder zu Grunde gehen des Musters im Sinne des Gesetzes kann nicht ein Verwenden oder Verbrauchen, sondern nur eine Verschlechterung oder Zerstörung durch äussere Einflüsse, elementare Gewalt, verstanden werden. Hätte der Gesetzgeber weiter gehen und dem Käufer auch im Falle des Verbrauches des Musters den Beweis der Inkonformität gestatten wollen, wo also nicht ein äusserer Einfluss, sondern eine beabsichtigte eigene Handlung des Käufers oder seiner Organe den Untergang des Musters verursacht hat, so hätte er dies in Art. 268 ausdrücklich sagen müssen.

Es ergiebt sich aus der Natur der Sache und entspricht auch dem Handelsbrauche, dass die Übergabe eines Musters in der Meinung stattfindet, dass das Muster behufs späterer Vergleichung mit der Waarenlieferung vom Empfänger sorgfältig aufbewahrt werden soll, denn andrerseits hätte die Verabfolgung eines Musters keinerlei Zweck und Bedeutung. Vorliegendenfalls insbesondere muss dies als ausgesprochener Vertragswille gelten, denn während der Vertragsunterhandlungen schrieben die Kläger den Beklagten: „Wir verlangen überdies, dass Sie vorerst einen Musterballen von jeder der

beiden Sorten beziehen, damit Sie sehen, was für Waare es ist und wir nachher keine Reklamationen bekommen."

(Bericht des Aarg. Handelsger. für 1891 u. 1892 an den Gr. Rat, S. 19 ff.)

---

16. *Dienstvertrag. „Wichtige Gründe" zu Aufhebung eines solchen. Art. 346 O. R.*

**Zürich.** Urteil der Appellationskammer des Obergerichts vom 6. September 1893 i. S. Meier c. Bösch & Cie.

Als „wichtiger Grund" im Sinne des Art. 346 O. R. ist es zu betrachten, wenn ein Geschäftsreisender, der sich seinem Dienstherrn gegenüber zu zwei- bis dreimaligen Berichterstattungen per Woche über seine Thätigkeit und deren Erfolg verpflichtet, diese Berichterstattung trotz wiederholter Aufforderung unterlässt.

(Schweizer Blätter f. handelsr. Entsch. XII [1893] S. 266.)

---

17. *Cautionnement. Paiement de la caution. Prétention du créancier d'intervenir pour la totalité de sa créance dans la faillite du débiteur. Art. 495, 504 C. O. Art. 217 L. P. et F.*

**Neuchâtel.** Jugement du Tribunal cantonal du 9 juin 1893 d. l. c. Perret-Cartier et fils c. Andrié.

Auguste Andrié s'est constitué codébiteur solidaire avec Reinbold de toutes les valeurs que celui-ci pourrait devoir à Perret-Cartier et fils, tant en compte qu'en dehors de compte, et cela jusqu'à concurrence de la somme capitale de fr. 20000. L'acte de garantie renferme la clause suivante: „En cas de faillite du débiteur, Perret-Cartier et fils se réservent le droit de se faire inscrire pour le montant total de leur créance et de toucher les répartitions sur la somme inscrite. Ils exerceront ensuite leur recours, pour tout le découvert, contre le codébiteur solidaire, cela jusqu'à concurrence de la somme maximum garantie par cet acte." Le 13 mai 1892, Reinbold a obtenu du Président du Tribunal de la Chaux-de-Fonds un sursis de deux mois. Peu de jours après, Andrié a fait offrir à P.-C. et fils le paiement de la somme de 20000 fr. montant de son cautionnement contre remise de l'acte de cautionnement et sous la réserve que P.-C. et fils le subrogeraient dans tous leurs droits contre le débiteur principal, jusqu'à concurrence de la dite somme. P.-C. et fils ayant manifesté l'intention de ne pas accepter cette somme aux conditions indiquées, Andrié leur a fait des offres réelles

fondées sur les art. 106, 107, 504, 507, 509 C. O. et les a prévenus qu'à défaut par eux d'accepter la somme de fr. 20000 aux conditions indiquées, il effectuerait la consignation de cette somme. P.-C et fils ont alors accepté les offres „sous réserve de tous leurs droits“ et ont donné quittance de la somme reçue sous la même réserve. Plus tard, le Tribunal cantonal a refusé d'homologuer le concordat proposé par le débiteur, et la faillite de Reinbold a été prononcée. Dans cette faillite, P.-C. et fils ont demandé d'être admis, en 5me classe, pour le montant total de leur créance en compte-courant, y compris les intérêts arrêtés au 2 décembre 1892, soit pour fr. 27803. 70. Andrié de son côté s'est fait inscrire pour la somme capitale de 20000 fr. payée par lui à P.-C. et fils et pour l'intérêt jusqu'au 2 décembre 1892, en 500 fr. Les administrateurs de la faillite ont accepté partiellement seulement l'inscription P.-C. et fils, en ce sens qu'ils ne l'ont admise que pour fr. 7803. 70, par contre ils ont admis l'inscription Andrié pour la somme de 20000 fr. Ensuite de ces décisions, P.-C. et fils ont ouvert action à Andrié et à la masse R. pour faire prononcer que les demandeurs ont le droit de toucher, jusqu'à concurrence de fr. 7803. 70, le dividende qui sera attribué à leur intervention et à celle d'Andrié, le surplus de dividende seulement devant être remis à ce dernier. Le Tribunal cantonal a écarté la demande.

Motifs: Il est constant qu'à la date du 3 juin 1892 Andrié a payé à P.-C. et fils la somme de 20000 fr., soit le montant intégral du cautionnement solidaire souscrit par lui en faveur de Reinbold.

Aux termes des art. 495 i. f. et 504 C. O., Andrié était donc, dès le 3 juin 1892, subrogé aux droits de P.-C. et fils contre le débiteur principal jusqu'à concurrence de la somme de 20000 fr. et la créance de P.-C. et fils était éteinte jusqu'à concurrence de cette même somme. Dans cette situation, l'administration de la faillite R. ne pouvait se refuser à admettre l'inscription d'Andrié et c'est avec raison par conséquent qu'elle a réduit celle de P.-C. et fils

Les demandeurs invoquent les prescriptions de l'art. 217 L. P. et F. Cet article toutefois ne paraît pas trouver son application en l'espèce. D'une part, les dispositions du code des obligations sur le cautionnement sont de droit civil et ne sont point abrogées par celles de la loi fédérale concernant la faillite. Il y a lieu de reconnaître à cet égard que la faillite de R. ne peut avoir pour effet de priver Andrié du

droit de recours qui lui appartient aux termes de l'art. 504 C. O. et qu'il eût pu exercer si Reinbold était demeuré debout. D'autre part l'art. 217 L. P. et F. vise le cas ou un coobligé du failli verse un acompte sur la dette de sorte que celle-ci n'est éteinte que partiellement; elle est alors admise néanmoins au passif pour le montant primitif et le créancier perçoit le dividende jusqu'à concurrence de la réclamation. Il en est autrement en l'espèce. Andrié s'est porté caution solidaire d'une dette de 20000 fr. et il a intégralement payé cette dette. Il est ainsi devenu créancier en lieu et place de P.-C. et fils, qui ont cessé de l'être.

Les conclusions des demandeurs contre la masse en faillite doivent donc être écartées. Il en est de même, pour les mêmes motifs, des conclusions prises contre Andrié.

Les demandeurs allèguent qu'ils se sont expressément réservé le droit d'intervenir dans la faillite du débiteur pour le montant total de leur créance et de toucher les répartitions sur la somme inscrite, sauf à exercer ensuite leur recours pour tout le découvert contre le codébiteur solidaire, cela jusqu'à concurrence de la somme maximum garantie par l'acte. Cette clause de l'acte, disent-ils, indique bien que l'intention d'Andrié était de garantir, en tout temps, jusqu'à concurrence de 20000 fr., le découvert du crédit accordé à R., découvert que ce dernier ne serait pas en mesure d'acquitter au moyen de ses deniers personnels.

Il faut reconnaître cependant, en présence du désaccord qui existe entre les parties au sujet de l'interprétation de l'acte, que cet acte n'est pas suffisamment explicite dans ses termes pour pouvoir être interprété comme le voudraient P.-C. et fils. Il est de règle, en effet, que le cautionnement doit être interprété restrictivement, dans le doute, en faveur de la caution. Or, de ce que P.-C. et fils se sont réservé dans l'acte le droit d'intervenir dans la faillite pour le montant total „de leur créance", il ne résulte pas qu'ils aient le droit d'intervenir pour la somme de 20000 fr., dont ils ont cessé d'être créanciers bien avant la faillite du débiteur. L'acte ne dit pas non plus que Andrié ait entendu renoncer à son recours contre le débiteur principal ou contre sa masse. Priver Andrié du droit de toucher le dividende dans la faillite R. ou restreindre ce droit, ce serait rendre la caution responsable du crédit à découvert accordé par P.-C. et fils à R. au delà de la somme de 20000 fr. et étendre en quelque sorte le cautionnement au delà des termes dans lesquels il a été souscrit. (Revue judiciaire 1893 p. 332.)

18. *Opérations de bourse. Le débiteur d'une dette de jeu ne peut répéter la valeur des titres remis en couverture par lui à son banquier. Art. 512, 514 C. O.*

**Genève.** Jugement de la Cour de justice civile du 1er juillet 1893 d. l. c. Vve Schönfeld c. Hosé.

Hosé, banquier à Genève, a fait par ordre et pour compte de la veuve O. Schönfeld, des opérations, soit achats et ventes à terme de titres divers, aux bourses de Genève, Zurich et Bâle. Au début de leurs relations, la veuve Sch. a remis à H., en couverture et garantie des avances que celui-ci pourrait faire pour son compte, 1500 actions des mines de cuivre Gallicia. Dans le courant de novembre 1891, Hosé, qui était à découvert d'une somme relativement considérable et dépassant de beaucoup la garantie qu'il avait entre les mains, a liquidé la position de la veuve Sch. après avoir vainement avisé celle-ci de faire reprendre cette position par une autre maison de banque. Le 1er décembre, il a informé la veuve Sch. que sa position était entièrement liquidée et qu'elle lui devait pour solde fr. 16846. 55 c. N'ayant obtenu aucune satisfaction, il a poursuivi la réalisation de son gage et, dans ce but, a fait notifier à sa débitrice un commandement de payer. Au cours de la poursuite, la veuve Sch. a introduit une action contre H., tendant à la restitution des actions Gallicia. A l'appui de sa demande, elle soutenait que les opérations qui ont donné naissance à la créance de H., présentant le caractère du jeu, celui-ci était sans droit contre elle. Le Tribunal, Chambre commerciale, a débouté la demanderesse de ses conclusions, par le motif qu'il ne résulte pas des pièces produites que les parties aient eu la volonté concordante d'exclure la livraison des titres achetés ou vendus par H. pour le compte de la veuve Sch. et de résoudre toutes ces opérations par le paiement de différences, que, dès lors, l'exception de jeu et, par voie de conséquence, la réclamation de la veuve Sch. ne sont pas fondées. La Cour de justice civile a confirmé ce jugement, en adoptant les motifs suivants:

Il est constant, et du reste, reconnu, que les titres de la mine Gallicia ont été volontairement remis par la veuve Sch. à H. comme caution pour l'achat à terme de divers titres.

Cette remise d'une couverture était sans doute la condition sine qua non de l'exécution par H. du mandat qui lui était donné par la veuve Sch.

H. a exécuté les ordres de la demanderesse et la liqui-

dation des diverses ventes et achats ayant été opérée, la veuve Sch. est demeurée débitrice vis-à-vis de l'intimé d'une somme considérable.

Dans ces conditions, et à supposer même que les opérations, faites par H. pour le compte de l'appelante, revêtent les caractères du jeu, la veuve Sch. doit être déclarée mal fondée dans sa demande.

En effet, aux termes de l'art. 514 C. O., on ne peut répéter ce que l'on a payé volontairement que si l'exécution régulière du contrat a été empêchée, ce qui n'est pas le cas en espèce, et, bien que la remise d'une couverture, par le client à son banquier ou agent de change, en vue d'opérations à terme à faire sur des valeurs de bourse, ne puisse être considérée comme un payement anticipé d'un découvert qui n'existera peut-être pas, mais constitue, en réalité, un contrat de gage, il y a lieu de lui faire application des dispositions de l'art. 514 et de n'admettre la répétition de la couverture qu'autant que l'exécution régulière des opérations a échoué par suite d'une des circonstances énumérées au dit article. (La Semaine judiciaire 1893 p. 581.)

---

19. *Gesellschaft. Anspruch eines Gesellschafters auf Ersatz von Verwendungen. Art. 537 O. R.*

**Zürich.** Entscheid des Kassationsgerichts vom 14. August 1893 i. S. Meyer c. Gubler.

G. Meyer und H. und E. Gubler begründeten unter sich durch Vertrag eine einfache Gesellschaft zum Bau eines Hauses. Der Bauplatz wurde den Brüdern Gubler notarialisch zugefertigt, die das Haus nach seiner Fertigstellung verkauften. Die Ehefrau des M. als dessen Rechtsnachfolgerin verlangte dann von H. und E. G. Ersatz der von ihrem Ehemanne beim Bau des Hauses gehabten Auslagen im Betrage von Fr. 2101. 37. Die erste Instanz stellte ein Guthaben der Klägerin von Fr. 2664. 02 fest und überband davon den beiden Beklagten, da das Vorhandensein einer Gesellschaftskasse nicht nachgewiesen sei, zwei Dritteile, zu deren Bezahlung die Beklagten je zur Hälfte unter subsidiärer Haft verpflichtet wurden. Dabei hob das Bezirksgericht hervor, dass es sich in diesem Prozesse gemäss der Klagestellung nicht um den Anteil der Klägerin an dem schliesslich aus dem Unternehmen verbleibenden Gewinn handle, sondern nur um eine Ersatzforderung für im Interesse der Gesellschaft gehabte Auslagen.

In zweiter Instanz verlangte die Klägerin, dass die Beklagten zur Rückerstattung der gesamten Auslagen und nicht bloss von zwei Dritteilen derselben verurteilt werden, da sie ja auch den ganzen Erlös an dem gemeinsam erbauten Haus in Händen haben. Die Appellationskammer des Obergerichtes bestätigte aber das erstinstanzliche Urteil aus denselben Gründen, mit dem Beifügen, die Klägerin habe zwar in zweiter Instanz behauptet, der Erlös des Hauses bilde die Geschäftskasse, aus welcher ihre Auslagen voll bezahlt werden müssen, dieser Ansicht könne aber nicht beigetreten werden, nun habe sie aber nicht auf ihren Gewinnanteil, sondern nur auf Ersatz ihrer Auslagen geklagt.

Die Klägerinn erhob hiegegen die Nichtigkeitsbeschwerde. u. A. wegen Verletzung des Art. 537 O. R.

Die Beschwerde wurde abgewiesen.

Motive: Die Nichtigkeitsklägerin macht geltend, da sie nach dem angefochtenen Urteil einen Dritteil der Auslagen an sich tragen müsse, während die andern den vollen Ertrag haben, stehe der Entscheid in offenbarem Widerspruch mit Art. 537 O. R., welcher bestimmt, dass, wenn ein Gesellschafter im Interesse der Gesellschaft Auslagen hat, ihm die übrigen Gesellschafter dafür verhaftet sind. Nun ist aber der Nichtigkeitsklägerin gar nicht benommen, bei der Schlussabrechnung alle ihre Auslagen geltend zu machen, und sie hat sich auch in der That vorbehalten, in einem zweiten Prozess auf Rechnungsstellung zu klagen und dabei ihren Gewinnanteil zu verlangen, so dass sie keineswegs endgiltig ihre Auslagen an sich zu tragen hat und den Andern den Reinertrag des Unternehmens überlassen muss.

Die Ansicht der Klägerin, der Erlös des Hauses bilde die Gesellschaftskasse, ist unrichtig. Eine Gesellschaftskasse, aus welcher der Kläger Ersatz seiner gesamten Auslagen hätte erlangen können, wäre dann vorhanden gewesen, wenn er und die Beklagten im Anfange des Unternehmens eine Summe zusammengelegt hätten, um daraus die Kosten desselben zu bestreiten. Wären aus einer solchen die Auslagen des Klägers ganz gedeckt worden, so hätte er immerhin auch einen Dritteil daran beigetragen. Nun ist aber nirgends ersichtlich, dass für dieses Unternehmen eine solche Kasse gebildet worden sei, die Ausgaben wurden, wie aus den Rechnungen hervorgeht, durch verschiedene Eingänge gedeckt. Soweit dieses nicht der Fall war, hätten die Gesellschafter gemeinsam dafür sorgen sollen, und da dies durch M. allein geschah, wurden die beiden andern Gesellschafter pflichtig,

zwei Dritteile daran zu zahlen. Der Erlös des Hauses bildet lediglich ein Aktivum der Gesellschaft, dem eine Reihe von Passiven, darunter auch die Beiträge aller Gesellschafter, gegenüberstehen. Ist das Aktivum gross genug, so sind alle Passiven gedeckt und der Überschuss bildet den Gewinn; reicht er aber nicht aus, so haben die Gesellschafter den Verlust zu tragen, zunächst in der Form, dass sie für ihre Beiträge nicht gedeckt werden. Die Klägerin hat daher keinen Anspruch, für ihre Auslagen aus dem Erlöse des Hauses voll bezahlt zu werden, ehe nach Abschluss der Gesellschaftsrechnung feststeht, dass derselbe zur Deckung aller Passiven genügt.

(Schweizer Blätter f. handelsr. Entsch. XII [1893] S. 244.)

---

20. *Firma. Unstatthafte, zu Verwechslung führende Zusätze. Art. 867, 874, 876 O. R.*

St. Gallen. Urteil des Kantonsgerichtes vom 6./13. April 1892 i. S. G. L. T. c. A. W.

G. L. T. und A. W. hatten mit einander von 1877 bis 30. Juni 1891 unter der Firma G. L. T. . . . & Cp. in St. Gallen eine Kollektiv-Gesellschaft. Der Gesellschaftsvertrag enthielt die Bestimmung, dass bei Auflösung der Gesellschaft G. L. T. allein das Recht haben solle, diese Firma fortzuführen. Kraft der vertraglichen Kündungsbefugnis kündete G. L. T. dem A. W. den Gesellschaftsvertrag auf 30. Juni 1891, und machte nach Ablauf dieser Kündungsfrist von seinem Rechte, die bisherige Firma fortzuführen, sofort Gebrauch, indem er zur Fortsetzung der bisher mit A. W. betriebenen Geschäfte einen Verwandten als neuen Gesellschafter aufnahm und die Firma G. L. T. & Cp. . . . nunmehr als seine Firma im Handelsregister eintragen liess.

A. W. gründete unter der Firma seines Namens A. W. . . . ein eigenes neues Geschäft, ebenfalls in St. Gallen, in denselben Artikeln, die er bisher mit G. L. T. geschäftlich geführt hatte, und liess seine neue Firma im Handelsregister eintragen. Mit Zirkular vom 1. Juli 1891 hat er seinen Geschäftsfreunden mitgeteilt, dass er aus der Firma G. L. T. . . . & Cp. ausgetreten sei, dass er dieser Firma seit 1877 angehört und nun ein gleichartiges Geschäft unter der neuen Firma A. W. . . . eröffnet habe. — In den in St. Gallen erscheinenden Zeitungen empfahl A. W. sein neues Geschäft anfangs mit der Unterschrift: „A. W. vormals in Firma G. L. T. . . . & Cp.“ Später unterzeichnete er seine Annoncen:

„A. W. (ehemals Mitinhaber der Firma G. L. T. . . . & Cp.)." Dagegen hat er seiner Unterschrift „A. W." in ausserkantonalen Zeitungsinseraten einen solchen Zusatz nicht beigefügt. Seine Briefe und Fakturabegleitschreiben waren mit Briefkopf versehen: „A. W., vom 1 Juli 1877 bis 30. Juni 1891 Mitinhaber der Firma G. L. T. . . . & Cp." Auf der von der Strasse in sein Parterremagazin führenden Glasthüre hatte er die Aufschrift: „A. W., ehemals Mitanteilhaber der Firma G. L. T. . . . & Cp." Aber Schrift und Stellung der einzelnen Teile dieser Aufschrift waren so gewählt und angeordnet, dass seine eigene Firma A. W. . . . viel weniger augenfällig erschien, als die Schrift von „G. L. T. . . . & Cp.", so zwar, dass man letztere Firma beim blossen Vorbeigehen unwillkürlich zu lesen bekam, während sich der Wortlaut der ganzen übrigen Aufschrift der Aufmerksamkeit des Vorbeigehenden entzog, und nur bei absichtlichem Nachlesen zu dessen Kenntnis gelangte.

G. L. T. klagt nun gestützt auf die Art. 874, 876 O. R. gegen A. W., dieser habe sich jedes Gebrauches der Firma G. L. T. . . . & Cp. zu enthalten und die Anführung dieser Firma aus seinen geschäftlichen Erlassen, Publikationen, Briefköpfen, Annoncen, Affichen, Fakturen u. dgl. sofort zu entfernen; auch habe A. W. dem Kläger G. L. T. eine Entschädigung von Fr. 3000 zu leisten. Der Beklagte A. W. verlangt Abweisung dieser Klage, weil in den streitigen Beisätzen kein unbefugter Gebrauch der Firma des Klägers, somit keine Verletzung des Art. 868 liege. Übrigens wiederholt er seine frühere freiwillige Zusage, die Beisätze auf den Briefköpfen spätestens von Ende 1892 an wegzulassen.

Das Kantonsgericht verurteilte den Beklagten zur Entfernung des Beisatzes aus den Zeitungsannoncen und der Aufschrift an der Ladenthüre und zu einer Entschädigung von 200 Fr. an den Kläger.

Motive: Der Beklagte kann ein Recht, seiner eigenen Firma A. W. . . . die Klägersche Firma G. L. T. . . . & Cp. als Zusatz beizufügen, jedenfalls nicht, wie das Bezirksgericht angenommen hat, aus Art. 867, Abs. 2 O. R. ableiten. Dieser Artikel verbietet allerdings nur solche Zusätze, die ein Gesellschaftsverhältnis andeuten, und gestattet dagegen andere Zusätze, die zu einer nähern Bezeichnung der Person oder des Geschäftes dienen; aber dieser Artikel hat hinsichtlich dieses Verbietens und Gestattens nur eine rechtspolizeiliche Bedeutung; er dient zur Erhaltung der Firmenwahrheit und zum Schutze des gesamten Publikums gegen Täuschung

und Irrtum über diejenigen Personen, die diese Firmen führen. Der Art. 867, Abs 2 gewährt aber keinen **privatrechtlichen** Anspruch auf alle diejenigen Zusätze, die er aus rechts- und verkehrspolizeilichen Rücksichten für statthaft erklärt, und keine Garantie auf deren Gebrauch gegenüber jedem, der auf den nämlichen Zusatz aus privatrechtlichem Titel ein ausschliessliches oder ein besseres Recht erworben hat. Im Art. 867, Abs. 2 wird eben vorausgesetzt, dass nur solche Zusätze gewählt werden, gegen deren Anwendung keine privatrechtlichen Hindernisse vorliegen. — Der privatrechtliche Anspruch auf solche Zusätze wird normiert durch die Art. 874—876 O. R. Nach Art. 874 könnte der Beklagte, selbst wenn das vormals gemeinsame Geschäft auf ihn allein übergegangen wäre, seiner Firma A. W.... einen dieses Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz nur mit der Zustimmung des Klägers beifügen. Um so viel eher ist Kläger zur Einsprache berechtigt, da das Geschäft mit der frühern Firma ihm verblieben und der Beklagte für seinen Anteil, d. h. für sein auf den Auflösungstermin sich ergebendes Guthaben einfach ausgelöst worden ist. — Es wird dem Beklagten A. W. keineswegs verwehrt, weder durch die Bestimmungen des O. R. über die Geschäftsfirmen, Art. 865 bis 876, noch durch eine andere gesetzliche Vorschrift, in öffentlichen Auskündungen, in seiner Korrespondenz, durch Affichen und im mündlichen Verkehr jederzeit und so oft es ihm beliebt, darauf hinzuweisen, dass er vom 1. Juli 1877 bis 30. Juni 1891 Mitinhaber der Firma G. L. T.... & Cp. gewesen, am 30. Juni 1891 aus diesem Geschäft zurückgetreten sei und unter der Firma A. W.... ein Geschäft in gleicher Branche eröffnet habe; sofern diese Mitteilung nicht in der attributiven Form eines blossen Zu- oder Zwischensatzgliedes zu seiner eigenen Firma, sondern textuell so ausgeführt geschieht, dass ein Irrtum über den Bestand eines Nachfolgeverhältnisses (Art. 874 O. R.), eine Verwechslung der beiden Konkurrenzgeschäfte und ein Missverständnis über die gegenwärtigen persönlichen Beziehungen der beiden frühern Associés zu einander ausgeschlossen erscheint.

Nun erscheint hinsichtlich der eingeklagten Briefköpfe diese Gefahr ausgeschlossen, einesteils mit Rücksicht auf den enger gezogenen Kreis und die persönlichen Eigenschaften derjenigen, in deren Hände sie gelangen, anderenteils mit Rücksicht auf Form und Inhalt des Zusatzes im Verhältnisse zum übrigen Text des Briefkopfes. Hinsichtlich dieser Briefköpfe kann es genügen, den Beklagten bei seiner

Offerte zu befassen, sie nur noch bis zum Aufbrauchen des vorhandenen Formularvorrates und jedenfalls nicht länger als bis Ende 1892 zu verwenden. Dagegen sind die fürs Gesamtpublikum bestimmten Zeitungsinserate und namentlich die Aufschrift an der Ladenglasthüre textuell und ihrer Form und Anlage nach allerdings geeignet, zu Irrtümern, Verwechslungen und Missverständnissen in oben bezeichneter Richtung zu führen, und es ist gar nicht zu bezweifeln, dass solche Irrtümer wirklich schon vorgekommen sind.

In dieser Beschränkung auf die Zeitungsannoncen und auf die Aufschrift an der Ladenthüre ist daher der Kläger bei seinem Haupt- und Entschädigungsbegehren geschützt worden; doch ist letzteres mangels jeglicher nähern Angaben über die Rentabilität der beiden Geschäfte und über wirklich erlittenen Schaden auf Fr. 200 ermässigt worden.

(Entsch. d. Kantonsger. v. St. Gallen 1892 S. 15 ff.)

---

21. *Haftpflicht aus Eisenbahnbetrieb. Anwendbarkeit des Art. 8 Al. 1 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes bei Beschädigung von Sachen, welche nicht Eigentum des Verletzten sind.*

**Zürich.** Urteil der Appellationskammer des Obergerichtes vom 2. Nov. 1893 i. S. Haas c. N. O. B.

Der Fuhrknecht eines Brauereibesitzers fuhr mit einem Eiswagen einem Bahngeleise entlang. Hiebei stiess er mit einem ihm entgegenkommenden Rangierzuge in der Weise zusammen, dass der Eiswagen beschädigt und eines der Pferde so verletzt wurde, dass es kurz darauf umstand. Auch der Fuhrknecht selber erhielt einige erhebliche Verletzungen.

Der Eigentümer des Fuhrwerkes machte nun eine Schadenersatzforderung gegenüber der Eisenbahngesellschaft wegen der erlittenen Sachbeschädigung geltend, wobei er sich u. A. auf Art. 2 und 8 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes berief. — Die Beklagte bestritt die Anwendbarkeit dieses Gesetzes, weil letzteres eine Haftpflicht für Beschädigung von Sachen nur in dem Falle statuiere, als es sich um eigene Sachen des Verletzten handle.

Die Klage wurde auf Grund des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes — also ohne dass der Kläger ein Verschulden der Beklagten bezw. ihrer Angestellten nachzuweisen brauchte — prinzipiell gutgeheissen.

Motive: Nach Art. 8 al. 1 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes erstreckt sich die in Art. 2 des nämlichen Gesetzes

statuierte Haftbarkeit der Unternehmung für Betriebsunfälle auch auf die Beschädigung von Sachen, welche bei Gelegenheit der Tötung oder Körperverletzung eines Menschen und im Zusammenhange mit dem betreffenden Unfalle zu Grunde gegangen sind, sofern sich die Gegenstände nur unter der Obhut des Getöteten oder Verletzten befanden. Da feststeht, dass es sich im vorliegenden Falle um derartige Sachen handelt, erscheint der geltend gemachte Schadenersatzanspruch prinzipiell als begründet, sofern sich die Beklagte nicht auf einen der in Art. 2 des Gesetzes genannten Haftbefreiungsgründe berufen kann. Der von der Beklagten eingenommene Standpunkt, Art. 8 Abs. 1 cit. komme nur zur Anwendung, wenn es sich um eigene Sachen des Verletzten und demgemäss um Schadenersatzansprüche des letztern handle, lässt sich mit der allgemeinen Fassung der Bestimmung nicht in Einklang bringen und wird überdies durch die Motive zum Entwurf des Gesetzes (vgl. Fick, Rechtseinheitsbestrebungen pag. 160) direkt widerlegt. Die Meinung des Gesetzgebers war die, dass nicht nur der Verletzte selbst, sondern auch der dritte Eigentümer von Sachen, die bei einem Unfall beschädigt werden, nach den Grundsätzen des Art. 2 des Gesetzes ersatzberechtigt sein solle.

---

22. *Unfallhaftpflicht. Umfang der Haftpflicht der Eisenbahngesellschaft bei Eisenbahnbauten. Art. 2, Abs. 3 B.-G. betr. Ausdehnung der Haftpflicht v. 26. April 1887.*

**Zürich.** Urteil des Obergerichts (App.-Kammer) vom 3. Oktober 1893 i. S. Alvera c. N. O. B.-Gesellschaft.

Die N. O. B.-Gesellschaft hatte der Firma Lusser & Cie die Erstellung des Albistunnels vertraglich überlassen. Bei diesem Unternehmen verunglückte der Mineurvorarbeiter Alvera, indem ein Stein auf ihn fiel und ihn erdrückte. Seine Erben verlangten von der N. O. B. 20000 Fr. Entschädigung, weil ein Verschulden der Bahn vorliege, die nicht die nötigen Vorsichtsmassregeln zum Schutze der Arbeiter angebracht habe. Sie stützte ihre Klage auf Art. 1 und 3 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes. Eventuell beriefen sie sich auf Art. 1 Ziff. 2 lit. d und Art. 2 Abs. 3 der Haftpflichtnovelle v. 27. April 1887, die sie dahin interpretierten, dass durch sie auch die Eisenbahnbauarbeiter in der Weise in das Fabrikhaftpflichtgesetz einbezogen seien, dass sie gegen die konzessionierte Eisenbahngesellschaft auch dann klagend auf-

treten können, wenn sie ein Verschulden derselben oder der den Bau ausführenden Unternehmung nicht nachweisen können, und dass auch in diesem Falle die Grösse der Entschädigung an kein Maximum gebunden sei.

Die erste Instanz wies die Kläger ab, weil nach Lage der Akten ein Verschulden der Bauunternehmung oder deren Angestellten nicht vorliege und deshalb die Art. 1 und 3 Eisenbahnhaftpflichtges. nicht zutreffen, weil aber ohne ein solches Verschulden lediglich eine Haftpflicht nach Massgabe des Fabrikhaftpflichtges. bestehe, nach dieser indess nicht die konzessionierte Bahngesellschaft, wenn sie die Bauten nicht selber erstelle, sondern lediglich der Bauunternehmer haftbar gemacht werden könne. Die zweite Instanz bestätigte dieses Urteil mit folgender Beifügung:

Art. 2 Abs. 3 der Haftpflichtnovelle kann ihrem klaren Wortlaute nach nicht anders verstanden werden als dahin, dass die Frage, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Masse die konzessionierte Unternehmung — im Gegensatze zu den Bauunternehmern — für Unfälle beim Eisenbahnbau einzustehen habe, nicht nach dem Fabrikhaftpflichtgesetze, sondern nach dem Eisenbahnhaftpflichtgesetze zu beurteilen sei. Hätte man (nach der Meinung der Appellanten) mit der Vorschrift lediglich erklären wollen, dass die Maximalklausel des Art. 6 des Fabrikhaftpflichtgesetzes mit Bezug auf die Eisenbahnunternehmungen nicht zur Anwendung komme oder wenigstens dann dahinfalle, wenn der Unfall auf ein Verschulden der Bahn bezw. ihrer Organe zurückzuführen sei, so wäre die Redaktion des Gesetzes sicher eine andere geworden.

Der Vorbehalt des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes hätte dann hinsichtlich der Haftbarkeit der konzessionierten Unternehmung gar keinen Sinn gehabt, sondern wäre hier geradezu falsch gewesen, da man ja den Satz, dass die Bahn nur beim Vorliegen eines Verschuldens hafte, beseitigt hätte. Handeln konnte es sich — die Richtigkeit der klägerischen Auffassung vorausgesetzt — immer nur um die Höhe des zu leistenden Schadenersatzes; der Vorbehalt hätte sich also auch einzig und allein auf diese beziehen müssen, während er nach der ursprünglichen Fassung des Gesetzes (vgl. Entwurf des Bundesrates) gerade hinsichtlich des Umfangs der Ersatzpflicht fehlte.

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch. XII [1893] S. 290.)

---

23. *Provisorische Rechtsöffnung auf Grund einer Schuldanerkennung. Begriff dieser letzteren. Art. 82 B.-G. über Schuldbetr. und Konk.*[1])

**Bern.** Urteil des App.- und Cass.-Hofes vom 18. Februar 1893 i. S. Engel und Ruef c. Kohler.

Gestützt auf „Bürgschaftsverpflichtung vom 24. Juli 1888, bestätigt durch Uebereinkunft vom 29. Januar 1889," leitete G. K. gegen A. E. und D. R. als Solidarbürgen des Konkursiten N. E. Betreibung ein. Die Betriebenen schlugen Recht vor. G. K. verlangte provisorische Rechtsöffnung unter Berufung auf die genannten Urkunden. Die Impetraten behaupteten hingegen, diese Bürgschaftsverpflichtung bestehe nicht mehr zu Recht, da in einem Vergleiche von 1890, zu dem sie ihre Zustimmung nicht gegeben hätten, die Schuldsumme reduziert und der Zahlungsmodus abgeändert worden sei, daher sie Abweisung des Rechtsbegehrens beantragten. Die erste Instanz erteilte den Impetranten die provisorische Rechtsöffnung, der App.- und Cass.-Hof dagegen wies dieses Begehren ab.

Motive: Dem Begehren um provisorische Rechtsöffnung kann nur entsprochen werden, wenn gegen die Betriebenen eine Schuldanerkennung im Sinne des Art. 82 B.-G. vorliegt. In der Bürgschaftsverpflichtung vom 24. Juli 1888 nun, die einem Kaufvertrage zwischen G. K. als Verkäufer und R. E. als Käufer, vom 15. Juli 1888, nachgetragen ist und in der sich die Impetraten für einen Teil des Kaufpreises als unbedingte und solidarische Bürgen verpflichteten, kann eine solche Anerkennung nicht gefunden werden. Denn die Forderung, für die Bürgschaft geleistet wurde, war eine Kaufpreisforderung und beruht auf dem Kaufvertrage, also einem zweiseitigen Rechtsgeschäfte, dessen Erfüllung von jedem Teile nur verlangt werden kann, wenn der andere erfüllt hat oder zur Erfüllung bereit ist, nicht auf einer Erklärung des Schuldners, wonach er sich vorbehaltlos zur Bezahlung einer bestimmten Summe verpflichtet hätte. Wenn nun gestützt auf einen Kaufvertrag dem Käufer selbst gegenüber provisorische Rechtsöffnung nicht erteilt werden kann, so kann schon aus diesem Grunde auch gegen die Bürgen, die für einen Teil des Kaufpreises einstanden, provisorische Rechtsöffnung nicht erteilt werden; die Hauptforderung ist in dieser Beziehung für die Natur der accessorischen Forderung bestimmend.

Dagegen erscheint die Kaufpreisforderung des G. K. vom

---

[1]) Vergl. Revue XI Nr. 24.

Kaufvertrage losgelöst in der Uebereinkunft vom 29. Januar 1889. Darin ist beurkundet, dass R. E. erklärt, dem G. K. 10,000 Fr. schuldig zu sein, und in dieser Erklärung liegt unzweifelhaft Seitens des Schuldners eine Schuldanerkennung im Sinn des Art. 82. Dasselbe liesse sich nun vielleicht auch von der Erklärung der Bürgen sagen, wenn sie sich solidarisch mit dem Hauptschuldner verpflichtet hätten. Allein dies ist nicht geschehen. Aus der Bezeichnung „als unbedingte Solidarbürgen verpflichten sich . . . .“ wie aus dem übrigen Inhalte der Verpflichtung kann mit Sicherheit nur gefolgert werden, dass die Bürgen sich solidarisch unter sich verpflichten wollten, nicht solidarisch mit dem Hauptschuldner. Diese einfache Bürgschaftsverpflichtung genügt nun, abgesehen davon, ob in einer Bürgschaftsverpflichtung überhaupt eine Schuldanerkennung im Sinne des Art. 82 gefunden werden kann, für sich allein jedenfalls nicht, um die Zahlungspflicht des Bürgen darzuthun.

(Ueber diese zuletzt noch erhobene Frage, ob in einer Bürgschaftsverpflichtung überhaupt eine Schuldanerkennung liege, hat sich derselbe Gerichtshof durch Urteil vom 18. März 1893 dahin geäussert, dass dies nicht der Fall sei, weil das Bestehen der Bürgschaft die Existenz einer fremden Schuld zur Voraussetzung habe, die Bürgschaftsverpflichtung somit keine Schuldpflicht im eigentlichen Sinn begründe und keine unbedingte Zahlungspflicht konstituiere, da diese immer von dem Bestehen der Hauptschuld abhängig sei. Die beiden Urteile finden sich in der Zeitschr. d. Bern. J. V. XXIX S. 390 und 394.)

---

24. *Objets insaisissables. Non applicabilité de l'art. 93 L. P. et F. au courtage.*

**Vaud.** Arrêt du Tribunal cantonal (Cour des poursuites) du 14 novembre 1893 d. l. c. Gonet frères c. Roussatier.

Gonet frères, créanciers de Ch. Roussatier pour fr. 1305. 50, ont requis la saisie, et le préposé, procédant à l'exécution de la saisie, a placé sous le poids de l'opération une somme de fr. 180 due par M. R. pour courtage, et le 50% de ce que MM. Cornaz frères peuvent devoir au débiteur pour courtage. Ch. Roussatier a porté plainte contre la mesure de l'office auprès de l'autorité inférieure de surveillance; celle-ci a reconnu fondée la plainte, par le motif que les saisies pratiquées rentrent dans celles prévues à l'art. 93, puisqu'elles portent sur un revenu provenant d'emploi, et qu'il n'a pas été tenu compte de ce qui est indispensable

au débiteur et à sa famille. Les créanciers ont déféré le cas à l'autorité cantonale de surveillance qui a admis la plainte et dit que libre cours doit être laissé aux saisies.

**Motifs:** Considérant que les commissions que perçoit un courtier sur les opérations qu'il traite ne peuvent être envisagées comme un salaire payé par un patron à son employé, mais qu'elles ne sauraient être considérées autrement que comme un bénéfice attribué à un intermédiaire entre vendeur et acheteur, conformément à l'usage ou à une convention.

Considérant que les occupations du courtier ne sauraient pas davantage constituer un „emploi", puisque le courtier exerce un métier, une profession ne comportant pas un traitement fixe, qui est le propre d'un emploi.

Qu'enfin le courtage n'est point un usufruit, et ne rentre non plus point dans la catégorie des aliments, des pensions de retraite, des rentes provenant d'assurances ou de retraites.

Considérant dès lors que le courtage ne pouvant être classé dans aucun des cas prévus à l'art. 93, la saisie qui le frappe rentre dans le cadre d'une opération ordinaire, soumise aux dispositions générales de la loi.

(Journal des tribunaux XLI [1893] p. 790 s.)

---

25. *Revendication par une femme séparée de biens des objets saisis au préjudice de son mari. Question de possessoire. Art. 106, 107, 109 L. P. et F.*

**Vaud.** Décision du Tribunal cantonal (Cour des poursuites) du 26 septembre 1893 d. l. c. Bosshardt c. dame Vernier.

H. Bosshardt, créancier de Henri Vernier, a fait saisir chez celui-ci plusieurs objets que Henriette Vernier, femme du débiteur, a revendiqués comme étant sa propriété. Cette revendication fut contestée par le créancier, et l'office des poursuites envoya à dame V. un avis lui assignant un délai de dix jours pour faire valoir ses droits. Dame V. a porté plainte contre cette mesure auprès de l'autorité de surveillance; l'office a faussement appliqué, selon elle, l'art. 107 L. P., au lieu de l'art. 109, le tiers (dame V.) étant ici en possession des biens séquestrés et devant être mis au bénéfice de la présomption, puisque c'est chez lui que se trouvent tous ces objets. L'autorité de surveillance a admis la plainte et l'autorité supérieure (Tribunal cantonal) a écarté le recours et maintenu la décision de l'autorité inférieure.

Motifs: Considérant que pour décider s'il y a lieu de procéder conformément aux art. 106 et 107 ou à l'art. 109 L. P., il faut rechercher qui, au moment de la saisie, se trouvait réellement posséder, c'est-à-dire détenir de fait les objets saisis; le juge dira qui est propriétaire des objets saisis.

Qu'ainsi la question de propriété est sans influence sur la répartition des rôles entre les parties.

Considérant, en l'espèce, qu'il résulte des pièces officielles que dame V., bien qu'ayant le même domicile que son mari, le débiteur saisi, est séparée de biens dès l'année 1885.

Qu'elle exerce le métier de cafetier dans l'immeuble qu'elle possède à Chessel et dans lequel se trouvaient tous les objets séquestrés par Bosshardt.

Qu'il est établi par les patentes d'auberge produites que c'est elle seule qui en est la titulaire, comme aussi c'est elle seule qui se trouve à la tête de l'établissement.

Que les objets séquestrés, à l'exception du cheval, servent à l'usage du café exploité par dame V.

Qu'en outre, celle-ci est au bénéfice d'une police d'assurance du mobilier contre l'incendie, comprenant tous les objets inventoriés dans le séquestre, pour lesquels elle a d'ailleurs payé l'impôt, soit contribution à l'assurance mobilière, en 1892.

Qu'enfin, la déclaration de l'inspecteur du bétail constate que le cheval est inscrit au chapitre de dame V.

Que dans ces circonstances, il est indubitable que cette dernière était en possession des objets frappés du séquestre, et qu'ainsi elle revêt, à l'endroit du créancier B., la qualité d'un véritable tiers, au sens de l'art. 109 L. P.

(Journal des Tribunaux 1893 p. 701.)

---

## A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

26. *Art. 56 f. B.-Ges. betreffend Organisation der Bundesrechtspflege; ist die Berufung gegen bedingte Endurteile zulässig?*
Bedingte Endurteile, durch welche die Gutheissung oder Abweisung einer Klage von der Leistung resp. Nichtleistung eines Eides abhängig gemacht ist, sind keine Hauptурteile im Sinne des Organisations-Gesetzes und ist daher die Berufung ans Bundesgericht gegen dieselben nicht zulässig. (Entsch. v. 21. April 1893 i. S. Chodat c. Jura-Simplonbahn; A. S. d. b.-g. Entsch. XIX Nr. 30.)

---

27. *Art. 86 B.-Ges. betreffend Organisation der Bundesrechtspflege; Beschwerde in Amortisationssachen.*
Die oben bezeichnete Beschwerde ist nur gegen solche Entscheide der kantonalen Gerichte zulässig, durch welche abhandengekommene Wechsel, Checks, wechselähnliche oder indossable Ordrepapiere als Inhaberpapiere kraftlos erklärt worden sind, — nicht dagegen gegen kantonalgerichtliche Erkenntnisse, welche solche Papiere wegen civilrechtlicher Mängel nichtig erklären. (Entsch. v. 8. Dezbr. 1893 i. S. Assal & Cie.)

---

28. *Art. 89 B.-Ges. betreffend Organisation der Bundesrechtspflege. Rechtsmittel der Kassation in Civilsachen. Ist dasselbe auch gegen kantonale Kassationsentscheide zulässig?*
Das oben bezeichnete Rechtsmittel der Kassation ist nur gegen Hauptурteile, durch welche in der Sache selbst entschieden worden, zulässig; nicht zulässig ist dasselbe gegen Entscheide der kantonalen Kassationsbehörden, welche lediglich die Frage beurteilen, ob Nichtigkeitsgründe vorhanden seien. (Entsch. v. 29. Dezbr. 1893 i. S. Grivet.)

---

29. *Art. 89 B.-Ges betreffend Organisation der Bundesrechtspflege; Rechtsmittel der Kassation in Civilsachen. Zweck und Voraussetzungen derselben.*

Während das Rechtsmittel der Berufung gemäss Art. 57 des Organisations-Gesetzes die richtige Anwendung des eidg. Privatrechts in den nach demselben zu entscheidenden Rechtsstreitigkeiten sichern soll und daher darauf gestützt werden kann, dass eine Rechtsnorm des eidg. Rechtes nicht oder nicht richtig angewendet worden sei, das Bundesgericht also als Berufungsgericht sowohl zu untersuchen hat, ob der kantonale Richter eine Norm des eidg. Rechtes unrichtig aufgefasst habe, als auch, ob eidg. Rechtsnormen bestehen, welche der kantonale Richter trotz ihrer Anwendbarkeit auf den konkreten Fall unbeachtet gelassen hat, verhält es sich mit dem Rechtsmittel der Kassation nach Art. 89 leg. cit. anders. Nach dem klaren Wortlaut dieser Gesetzesbestimmung ist dieses Rechtsmittel nicht zur Sicherung der richtigen Anwendung des eidg. Privatrechtes, sondern lediglich dazu bestimmt, die Anwendung kantonalen oder ausländischen Rechtes zu verhindern, wo eidg. Recht zur Anwendung kommt. Die Kassation eines kantonalgerichtlichen Urteils kann demnach nur insofern begehrt werden, als das kantonale Gericht statt des eidgenössischen kantonales oder ausländisches Recht angewendet hat. Es genügt nicht, dass in dem Kassationsgesuche behauptet wird, der kantonale Richter habe Vorschriften des eidg. Rechtes, welche in casu zur Anwendung kommen, ausser Acht gelassen, sondern das Kassationsbegehren muss ausdrücklich darauf gestützt werden, dass der kantonale Richter statt der massgebenden bundesrechtlichen Vorschriften kantonales oder ausländisches Recht zur Anwendung gebracht habe. Auf Verletzung von Verfassungsbestimmungen oder von Vorschriften des kantonalen Prozessrechts kann die Kassation nach Art. 89 Org. Ges. überhaupt nicht gestützt werden. (Entsch. v. 20. Januar 1894 i. S. Büchler c. Suter.)

---

30. *Art. 56 f. Organisations-Gesetz und Art. 161 O. R. Untergang nicht angemeldeter Forderungen bei öffentlichen Auskündungen nach kantonalem Recht. Unzulässigkeit der Berufung ans Bundesgericht.*

Darüber, ob eine Forderung wegen Nichtanmeldung bei öffentlicher Auskündung erloschen sei, entscheidet das kantonale Recht und ist daher die Berufung gegen bezügliche

kantonale Urteile an das Bundesgericht nicht statthaft. (Entsch. v. 3. März 1893 i. S. Jacot c. Giroud, A. S. d. b.-g. Entsch. XIX Nr. 28.)

---

31. *Art. 1, 116 und 124 O R. Stillschweigen als Zustimmung zu einer geschäftlichen Mitteilung; Erfordernis telegraphischer Rückäusserung; Verschulden im Sinne des Art. 124 O. R. Rücktrittsrecht und Schadensersatzanspruch des Verkäufers bei Vergehen des Käufers.*

1) Es darf nicht davon ausgegangen werden, dass im kaufmännischen Verkehr überhaupt aus dem Stillschweigen auf eine geschäftliche Mitteilung in allen Fällen Zustimmung geschlossen werden dürfe. Dagegen ist eine Rechtspflicht zur sofortigen Beantwortung von Mitteilungen und Offerten dann vorhanden, wenn die Unterlassung der Erklärung eine Verletzung der bona fides enthalten würde, namentlich also dann, wenn eine rechtzeitige Antwort auf das fernere Verhalten des zu Benachrichtigenden von Einfluss sein konnte, oder wenn der Empfänger absichtlich, um daraus Vorteil zu ziehen, mit einer deutlichen Antwort zugewartet hat (vrgl. Gareis und Fuchsberger, das deutsche Handelsgesetzbuch, S. 675, und A. Slg. d. b.-g. Entsch. Bd. 12 S. 317).

2) Heute, wo die Benützung des Telegraphen als Korrespondenzmittel nicht mehr als ein ausserordentliches bezeichnet werden kann (vrgl. Dernburg, Preuss. Pr. R. I. Bd. § 107 Anm. 10), darf jedenfalls in dem Falle, wo die übrige Korrespondenz bezüglich des fraglichen Rechtsgeschäfts durch den Telegraph gewechselt worden ist und wo über die essentialia negotii bereits eine Einigung stattgefunden hat, eine telegraphische Rückäusserung über eine ebenfalls per Telegraph aufgeworfene Vertragsmodalität verlangt werden.

3) Ist die Unterzeichnung schriftlicher Kontrakte üblich zur Sicherung des Beweises und zur Regelung verschiedener Punkte, die nicht zu den wesentlichen Erfordernissen des Kaufvertrages gehören, so wird durch die Weigerung, ein solches Formular zu unterzeichnen, die Gültigkeit des Vertrages nicht wieder in Frage gestellt, sondern es bleibt einfach bei dem, was die Parteien bereits abgemacht hatten.

4) Nach Art. 124 O. R. liegt der Beweis des Verschuldens dem Kläger ob; derselbe ist aber als geleistet zu betrachten, wenn der Beklagte ausdrücklich erklärt hat, den Vertrag nicht halten zu wollen.

5) Als Schaden, welchen der säumige Käufer zu ersetzen hat, ist nach Art. 116 O. R. derjenige zu bezeichnen, der bei Eingehung des Vertrages als die unmittelbare Folge der Nichterfüllung vorhergesehen werden konnte, also jedenfalls der Preisrückgang der Ware zur Erfüllungszeit gegenüber dem Kaufpreis, sowie die Auslagen für Ueberladung und Lagerung. (Entsch. v. 29. Dezember 1893 i. S. Egli-Reinmann & Cie c. Dreifuss.)[1]

---

32. *Art. 16 O. R. und Art. 80 B.-Ges. betreffend Organisation der Bundesrechtspflege. Simulierte Rechtsgeschäfte und Geschäfte in fraudem legis. Bindung des Bundesgerichts an die thatsächlichen Feststellungen des kantonalen Richters.*

Die Frage, ob Simulation vorliege, ist nicht identisch mit der Frage, ob eine Umgehung des Gesetzes stattgefunden habe oder beabsichtigt gewesen sei. Der Regel nach wird zwar diese letztere Absicht der Verschleierung des wirklichen Vertragswillens rufen, allein nötig ist dies nicht. Während das Merkmal des in fraudem legis abgeschlossenen Rechtsgeschäfts darin besteht, dass ein unerlaubter Zweck damit erreicht werden will, kommt es für die Frage, ob Simulation vorhanden sei, ohne Rücksicht auf den Zweck, einfach darauf an, ob sich der wirkliche Parteiwille mit dem ausgesprochenen decke, m. a. W. ob die Parteien wirklich die Rechtswirkungen des von ihnen kundgegebenen Rechtsgeschäftes gewollt haben, ob also beispielsweise bei vorgeschütztem Kaufvertrag Verkäufer und Käufer die Uebertragung des Kaufgegenstandes zu vollem Rechte und Genuss, sowie die Bezahlung des Kaufpreises gewollt, oder ob sie nicht etwa von der Bezahlung, oder von der Uebertragung der Sache abgesehen haben, in welchem Falle dann das Rechtsgeschäft gemäss Art. 16 O. R. nach dem wirklichen Parteiwillen zu beurteilen ist.

Bei der Frage, welches Rechtsgeschäft die Parteien mit einander haben abschliessen wollen, ist das Bundesgericht insoweit nicht an die Feststellung des kantonalen Richters

---

[1]) Dabei ist das Bundesgericht davon ausgegangen, dass der Verkäufer in solchen Fällen den Schaden abstrakt berechnen, also einfach den Unterschied zwischen dem Tageskurse und dem vertragsmässigen Preise fordern dürfe und die effektive Ware nicht verkaufen müsse. Ohne Zweifel hat aber der Käufer das Recht zu behaupten und zu beweisen, dass der Verkäufer die Ware wirklich verkauft und dabei mehr als den Tageskurs erlöst habe.

gebunden, als hiebei darüber eine Entscheidung zu treffen ist, welche Rechtswirkungen sie gewollt haben müssen, um ein bestimmtes Rechtsgeschäft zu Stande zu bringen, m. a. W. welche Voraussetzungen vorhanden sein müssen, um anzunehmen, die Parteien haben dieses und kein anderes Rechtsgeschäft gewollt. Diese Frage ist zweifellos Rechtsfrage. Thatfrage ist dagegen, ob die Parteien diese Rechtsfolgen wirklich gewollt haben. (Entsch. v. 8. Dezember 1893 i. S. Bäumlin c. Konkursmasse Ganter.)

---

33. *Konkurrenzverbot von einer Gesellschaft übernommen; bindet dasselbe auch die Gesellschafter? Nichtanwendbarkeit des Art. 55 O. R. bei Uebertretung desselben.*

Mit dem einer Gesellschaft vertraglich auferlegten Konkurrenzverbot haben die Gesellschafter nicht etwa blos eine Verpflichtung für gemeinsames Handeln, sondern jeder für sein eigenes Handeln übernommen. Soweit also ein Gesellschafter gegen dieses Verbot verstösst, ist er in vollem Umfang dafür haftbar. Die Eröffnung eines Konkurrenzgeschäftes ist nicht schon an sich, sondern nur dann eine unerlaubte Handlung, wenn sich jemand durch Vertrag verpflichtet hat, einem Andern keine Konkurrenz zu machen. Es kann daher der Beklagte nur gemäss Art. 110 ff. O. R. zum Ersatz des wirklich eingetretenen Vermögensschadens, und nicht etwa darüber hinaus, noch zu einer angemessenen Geldsumme, wie dies nach Art. 55 O. R. zulässig wäre, verurteilt werden. (Entsch. v. 16. Dezember 1893 i. S. Messer c. Heusler.)

---

34. *Art. 50 f. O. R. Entlassung eines in Behandlung genommenen Kranken vor vollständiger Heilung.*

Sofern eine Heilanstalt (Spital) nicht vertraglich die Pflicht übernommen hat, eine kranke Person bis zur vollständigen Heilung zu behalten, so ist sie hiezu nicht verpflichtet, sondern sie darf nur die einmal in Behandlung genommene Person nicht zur Unzeit, d. h. zu einer Zeit, da die Entlassung eine weitere Gefahr für die weitere Heilung enthält, fortschicken. (Entsch. v. 26. Januar 1894 i. S. Wöhrle c. Augenheilanstalt Basel.)

---

35. *Art. 50, 55 und 76 O. R.; Art. 56 f. B.-Ges. betreffend Organisation der Bundesrechtspflege. Entschädigungsforderung wegen Verlöbnisbruch; inwiefern ist dieselbe nach kantonalem oder eidgenössischem Rechte zu beurteilen?*

1. Der Verlöbnisvertrag gehört dem Familienrechte an und untersteht somit dem kantonalen Rechte. Demnach sind Klagen auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Verlöbnisvertrages — Verletzung der Vertragspflicht — nach kantonalem Rechte zu beurteilen und ist die Berufung an's Bundesgericht unstatthaft. (Entsch. v. 18. März 1893 i. S. Bettelheim c. Meyer; A. S. d. b-g. Entsch. XIX Nr. 29.)

2. Wird jedoch die Entschädigungsforderung wegen Verlöbnisbruch ausschliesslich als Deliktsanspruch gemäss Art. 50 ff. O. R. begründet, so ist das Bundesgericht zu Beurteilung dieses Anspruchs kompetent. Es ist kompetent zu untersuchen, ob in dem Rücktritte des Beklagten vom Verlöbnisse unter den Umständen, wie derselbe geschehen, eine unerlaubte, auch abgesehen von der Verletzung der Vertragspflicht aus dem Verlöbnisvertrage, widerrechtliche Handlung liege, welche nach Art. 50 ff. O. R. zum Schadensersatze verpflichtet. (Entsch. v. 17. Juni 1893 i. S. Küpfer c. Wirz; A. S. d. b.-g. Entsch. XIX Nr. 65.)

---

36. *Art. 50 und 55 O R. Inwiefern liegt in der Einreichung einer Strafanzeige eine Widerrechtlichkeit?*

In der Einreichung einer Strafanzeige liegt dann eine Widerrechtlichkeit, wenn der Denunziant dabei arglistig oder fahrlässig zu Werke geht, d. h. wenn er sich bewusst ist oder nach der Lage der Sache bewusst sein muss, dass genügende Veranlassung dazu nicht vorhanden ist. Ob er dabei in gutem Glauben, in der vollen Ueberzeugung, seine Anzeige sei berechtigt, gehandelt hat, ist für seine privatrechtliche Verantwortlichkeit nicht entscheidend. (Entsch. vom Jan. 1894 i. S. Löhrer c. Bötsch.)[1]

---

37. *Art. 65 und 54 O. R. Haftbarkeit des Tierhalters.*

Ein Verschulden des Tierhalters wird von Gesetzes wegen vermutet, bis letzterer nicht den vollen Beweis leistet, dass trotz aller erforderlichen Sorgfalt in der Verwahrung und Be-

---

[1]) S. Revue IX Nr. 29 und 63.

aufsichtigung der Unfall sich ereignet habe. Wenn daher auch nur ein kleiner Verstoss gegen diese Pflicht vorliegt, so muss jener Beweis als misslungen betrachtet werden, selbst wenn der Besitzer des Tieres es im Uebrigen an Vorsichtsmassregeln nicht hat fehlen lassen. Die Berufung darauf, dass bei Verwahrung und Beaufsichtigung in der üblichen Weise verfahren worden, ist rechtlich ungenügend.[1]) — Art. 54 O. R. kommt, ebensowohl wie Art. 52 und 53, für alle Fälle von Körperverletzung und Tötung zur Anwendung, also auch bei Beschädigung durch Tiere. (Entsch. vom 22. Dezember 1893 i. S. Blaser c. Bund.)

---

38. *Art. 72 und 882 O. R. Rückforderung bezahlter Nichtschuld; zeitlich massgebendes Recht; Beweislast.*

1. Für die Rückforderung einer bezahlten Nichtschuld ist dasjenige Recht massgebend, unter dessen Herrschaft die Zahlung der angeblichen Nichtschuld erfolgt ist.

2. Nicht der mit der Bereicherungsklage Belangte hat zu beweisen, dass die Schuld, welche durch die Zahlung getilgt werden sollte, bestanden habe; sondern dem Kläger liegt der Beweis der Nichtexistenz der Forderung ob. (Entsch. v. 8. Juli 1893 i. S. Favre u. Andrié c. Tissot; A. S. d. b.-g. Entsch. XIX. 87; Entsch. v. 29. Dezember 1893 i. S. Masse Favre c. Robadey.)

---

39. *Art. 274, 285 und 296 O. R. Miete oder Pacht? Abtretung der Miete, Bedeutung.*

1. Die entgeltliche Ueberlassuug von Wirtschaftsräumlichkeiten zum Gebrauche, ohne dass damit zugleich auch das Wirtschaftsrecht übertragen wird, vielmehr letzteres erst durch den Uebernehmer vom Staate durch Erwirkung eines Wirtschaftspatentes erworben werden muss, ist keine Pacht, sondern Miete.

2. Die Abtretung der Miete durch den Mieter hat keine andere Wirkung als die Untermiete. Die Rechte und Pflichten des Mieters gegenüber dem Vermieter gehen nicht auf den Cessionar (Untermieter) über, letzterer tritt in kein Vertragsverhältnis zum Hauptvermieter. (Entsch. v. 22. April 1893 i. S. Blum c. Deglon; A. S. d. b.-g. Entsch. XIX. 54.)

---

[1]) S. Revue X Nr. 3 u. 95; XI Nr. 68. Vgl. auch Archiv f. bürg. Recht VIII S. 239; Unger, Handeln auf eigene Gefahr, 2. Aufl., S. 70 ff.

40. *Art. 277, 297, 123 ff. O. R. Rücktrittsrecht des Mieters oder Pächters wegen nicht rechtzeitiger Uebergabe des Mietobjektes; Erforderniss vorheriger Fristansetzung. Ansprüche des Zurücktretenden.*

Während z. B. das gemeine Recht (s. Dernburg, Pandekten II. Bd., 3. Aufl. § 111) und das A. Preuss. Landrecht (Teil I, 21. Tit. §§ 272 und 273) dem Mieter (bezw. Pächter) ohne Weiteres das Recht zum Rücktritte vom Vertrag einräumen, wenn ihm das Miet- bezw. Pachtobjekt nicht rechtzeitig gewährt wird, sind nach O. R. auch hier die allgemeinen Vorschriften über die Folgen der Nichterfüllung von Verträgen massgebend, wonach der sofortige Rücktritt beim Verzug des Schuldners nur beim Fixgeschäft und in dem Falle, wo in Folge des Verzuges die Leistung für den Mieter geradezu nutzlos geworden ist (Art. 125 O. R.), eingeräumt wird, in allen andern Fällen aber der Gläubiger dem säumigen Schuldner zunächst eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung ansetzen muss, bevor er zum Rücktritt berechtigt ist.

Auch bei Pachtverhältnissen sind Fixgeschäfte nicht ausgeschlossen, indem Art. 297 bezw. 277 O. R., der von der Pacht handelt, ausdrücklich den Bestimmungen der Art. 122 bis 125, also auch des Art. 123 O. R. ruft. Die Voraussetzungen eines Fixgeschäftes bestehen darin, dass nach der Absicht der Parteien die Leistung zu der bestimmten Zeit, weder früher noch später, oder bis zu der bestimmten Zeit und nicht später erfolgen soll (Art. 123 O. R.), in der Meinung, dass eine spätere Leistung nicht mehr als Vertragserfüllung anzusehen ist. Dieser Vertragswille muss sich mit Deutlichkeit entweder aus den von den Parteien gewählten Bezeichnungen, wie „spätestens", „präcis" u. dgl. oder aus den Verumständungen ergeben. Die Pflicht zur Fristansetzung nach Art. 122 O. R. setzt voraus, dass dem vertragswidrigen Zustand innerhalb angemessener Zeit abgeholfen werden könne, der Art. 122 O. R. verlangt nicht schlechthin Fristansetzung, sondern er spricht von einer angemessenen Frist; was aber angemessen sei, beurteilt sich nicht blos darnach, wie viel Zeit der Schuldner zur Erfüllung notwendig braucht, sondern auch nach dem Interesse des Gläubigers; ein übermässig langes Hinausschieben der Erfüllung würde eine unzulässige Schmälerung seiner Rechte enthalten. Die in diesem Artikel vorgesehene Frist darf also nur eine kurze sein. Ist mit Sicherheit vorauszusehen, dass innerhalb einer so verstandenen angemessenen Frist die nachträgliche Erfüllung so wie so nicht

könnte bewerkstelligt werden, so hat die Ansetzung derselben keinen Sinn, und es darf der Gläubiger den Vertrag in diesem Falle sofort gelöst betrachten, ähnlich wie dann, wenn der Schuldner zum Voraus erklärt, den Vertrag nicht erfüllen zu wollen.

Ist der Pächter zum Rücktritt vom Pachtvertrag berechtigt, weil ihm das Pachtobjekt nicht rechtzeitig zum vertragsmässigen Gebrauch überlassen wurde, so ist damit sein Anspruch auf Rückerstattung des bereits bezahlten Pachtzinses gegeben, und ist der Verpächter zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages verpflichtet, sofern er nicht nachweist, dass ihm dabei kein Verschulden zur Last falle. (Entsch. v. 15. Dezember 1893 i. S. Labhardt c. Harrer.)

---

41. *Art. 303, 304 und 313 O. R. Recht des Verpächters zur Aufhebung des Pachtvertrages wegen fehlerhafter Bewirtschaftung des Pächters; Voraussetzungen.*

Fehlerhafte Bewirtschaftung des Pachtobjektes, welche nur Einfluss auf den Ertrag desselben während der Pachtzeit hat, deren Wirkungen daher während der Pachtzeit aufgehoben werden können und nicht notwendig über dieselbe hinaus dauern, gibt im Allgemeinen dem Verpächter kein Recht zur vorzeitigen Auflösung des Pachtvertrages. (Entsch. v. 2. Juni 1893 i. S. Dubois c. Sugnaux; A. S. d. b.-g. Entsch. XIX 61.)

---

42. *Art. 338 und 426 O. R. Agent, rechtlich nicht fixierter Begriff; Auflösung eines Dienstvertrages wegen vertragswidrigen Handelns des Angestellten; Schadenersatzpflicht des Angestellten; Beweislast.*

Aus der (im Vertrage enthaltenen) Bezeichnung des M. als „Vertreter“ oder „leitenden Agenten“ der klägerischen Firma kann die rechtliche Natur des zwischen den Litiganten begründeten Verhältnisses nicht abgeleitet werden. Der Ausdruck „Agent“, d. h. Betreiber fremder Geschäfte, oder „Vertreter“ ist juristisch unbrauchbar, weil ohne feste technische Bedeutung; als solcher wird sowohl ein Handlungsgehilfe, wie auch ein selbständiger Kaufmann, welcher gewerbemässig in fremdem Namen Handelsgeschäfte abschliesst, vermittelt oder einleitet, bezeichnet (vrgl. Goldschmidt, System des H. R. 4. Aufl. § 40). Massgebend ist in erster Linie nicht die von den Parteien gewählte Ausdrucksweise, sondern der aus

dem Vertrag und den begleitenden Umständen ersichtliche Vertragswille (Art. 16 O. R.).

Zur vorzeitigen Aufhebung eines Dienstvertrages ist nicht die vorherige richterliche Feststellung eines Aufhebungsgrundes nötig, sondern es ist die Partei, welcher ein wichtiger Grund wirklich zur Seite steht, befugt, den Vertrag unmittelbar, durch blosse Willenserklärung, ohne vorgängige Anrufung des Richters aufzuheben. Ein solcher Auflösungsgrund liegt dann vor, wenn der Angestellte sich einer gröblichen Vertragsverletzung schuldig gemacht hat. Selbst dann, wenn es einem Angestellten (Handlungsbevollmächtigten) unmöglich geworden ist, seinen Verpflichtungen nach Massgabe des Vertrages weiter nachzuleben, ist er keineswegs befugt, von sich aus ein anderes Verfahren einzuführen, ohne hiefür, sofern dies nicht unthunlich ist, die Bewilligung des Prinzipals einzuholen. Völlig unstatthaft aber ist es, an diesem notwendigen Verfahren selbst dann noch festzuhalten, nachdem der Prinzipal untersagt hatte, in anderer Weise, als nach Vertragsvorschrift zu verfahren (Art. 395 O. R.). In einem solchen, dem Vertrag und den wiederholten Anweisungen des Prinzipals zuwiderlaufenden Verhalten des Angestellten liegt ein wichtiger Grund zur Auflösung des Dienstvertrages. Ebenso liegt ein solcher wichtiger Grund vor, wenn der Angestellte in der Korrespondenz das Verhältnis zwischen Prinzipal und Angestellten geradezu auf den Kopf stellt und sich einer derart beleidigenden Sprache seinem Dienstherrn gegenüber bedient, dass demselben ein weiterer Verkehr mit ihm nicht zuzumuten ist.

Wenn die Erfüllung der für den Handlungsbevollmächtigten aus dem Vertrage resultierenden Verbindlichkeiten überhaupt nicht, oder nicht gehörig bewirkt worden ist, so hat derselbe Schadenersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle (Art. 110 O. R.), also z. B. bei gehöriger Erfüllung der ihm obliegenden Vertragspflichten die Erlöse für die von ihm verkauften Waren zur Verfallzeit ganz oder teilweise nicht eingegangen wären. (Entsch. v. 1. Dezember 1893 i. S. Dubler c. Meiss.)

---

43. *Mäklergebühr; wann ist dieselbe verdient? Uebernahme eines Geschäfts mit Aktiven und Passiven auf Grundlage eines Inventars; inwiefern hat der Schuldner im Inventar nicht eingetragene Schulden zu tragen?*

La provision litigieuse a été promise à B. pour avoir

procuré une commande d'un client, elle apparaît donc comme une commission due à un intermédiaire d'affaires, comme une sorte de courtage. Or, d'après les principes qui régissent le contrat de courtage, la commission est, dans la règle, acquise, non point déjà ensuite de la peine que le courtier s'est donnée pour procurer un client, mais lorsque ses démarches ont abouti, en ce sens que l'affaire dont il s'agit a été conclue. Cette règle est admise par exemple à l'art. 82 du Code de commerce allemand et aux § 1254 et suivants du Code civil saxon; elle se trouve également exprimée au § 580 du Projet de Code civil allemand. Elle n'est pas seulement applicable aux courtiers de commerce, mais aussi aux autres intermédiaires d'affaires (voir Behrend, Lehrbuch page 384). La commission est ainsi reconnue acquise, selon ces dispositions légales, lorsque l'affaire a été conclue, et non pas seulement lorsqu'elle a été exécutée, le prix convenu payé etc. Le C. O. ne contient pas de dispositions spéciales sur le contrat de courtage; tandis que ce Code, à l'art. 440, fait dépendre le droit du commissionnaire à sa provision du fait que l'opération dont il a été chargé a reçu son exécution, il soumet les rapports de droit de simples intermédiaires d'affaires (sous réserve des règles spéciales des législations cantonales sur les agents de change, courtiers etc.) uniquement aux dispositions générales sur le mandat. Or, on ne peut en tout cas pas déduire de ces dispositions que le droit de l'intermédiaire à la provision qui lui a été promise pour son entremise soit subordonné à d'autres conditions qu'à celle de la conclusion effective de l'affaire. On pourrait, au contraire, bien plutôt se demander si, à teneur des règles générales sur le mandat, la provision ou commission n'est pas déjà due ensuite des seules démarches faites par le courtier, quel qu'en ait été d'ailleurs le résultat.

Une provision peut, dans des cas déterminés, être promise sous la condition qu'elle ne sera payable qu'après le règlement du prix intégral des marchandises livrées; mais une stipulation pareille ne peut être présumée, et son existence ne devrait être admise que dans le cas où celui qui l'invoque établit son allégation au moyen de circonstances concluantes.

Si une société a assumé tout le passif d'une maison, mais avec l'adjonction expresse „tel qu'il résulte de l'inventaire au . . . ., avec toutes ses modifications et transformations à ce jour" et dans cet inventaire une dette qui ne se caractérise pas comme une créance nouvelle ne figure pas, la

société n'est pas tenue d'accepter cette dette, sinon cette dernière était assimilable à celles qui (comme les salaires d'ouvriers etc.) ne sont pas ordinairement prises en considération dans les livres de commerce et dans l'inventaire avant leur paiement et à l'existence desquelles celui qui reprend l'exploitation doit néanmoins s'attendre, alors même qu'elles ne sont pas mentionnées dans les dits livres et inventaire, et qu'il ne lui en a été fait aucune communication. (Entsch. v. 2. Dezember 1893 i. S. Blanchod & Cie c. Bony et cons.)

---

44. *Uebernahme eingekaufter Wertpapiere und Report durch den Kommissionär. Selbsthülfeverkauf wegen Nichtleistung bedungener Garantie durch den Käufer.*

Die Beklagten haben gegen Provision den Einkauf bezw. Verkauf von Wertpapieren in eigenem Namen für Rechnung des E. übernommen und haben also bezüglich dieser Operationen die Rechtsstellung eines Kommissionärs im Sinne des Art. 430 ff. O. R. Allein durch das Reportgeschäft waren die rechtlichen Beziehungen zwischen diesen Parteien mit Bezug auf die in Frage stehenden Titel andere geworden; nachdem die Beklagten diese Titel in Report genommen, besassen sie dieselben nicht mehr für Rechnung des E. als Kommissionäre desselben, sondern sie waren für eigene Rechnung Käufer geworden und hatten zu gleicher Zeit die Verpflichtung übernommen, dem E. eine gleiche Anzahl dieser Titel am Lieferungstage gegen Entrichtung des verabredeten Kaufpreises zu vollem Recht und Genuss zu übergeben (Art. 229 O. R.). Die gegenseitige Rechtsstellung der Parteien war also diejenige aus Kauf und Verkauf, und aus derselben liess sich die Berechtigung der Beklagten, einen vorzeitigen Verkauf auf Rechnung des Käufers zu bewerkstelligen, nicht ableiten; mochten auch Beklagte befürchten, der Käufer werde am Lieferungstage den Kaufpreis nicht zahlen können, so gab ihnen diese Unsicherheit an sich nach dem eidg. O. R. noch kein Recht, vom Vertrage zurückzutreten, geschweige denn, den Kaufgegenstand auf Rechnung des Käufers weiter zu verkaufen und sich auf diese Art zu decken. Dagegen ist die Stipulation, dass der Reportnehmer, falls der Prolongierende mit der Leistung der ausbedungenen Garantie (Nachdeckung) säumt, unter gegebenen Umständen durch sofortigen Verkauf der Titel auf Rechnung des Reportgebers Sicherung suchen dürfe, nicht ausgeschlossen. Durch derartige Bedingungen wird allerdings das Reportgeschäft für den Report-

geber sehr oneros, und es kann dadurch sein Zweck vereitelt werden; allein sie sind mit dem Begriff des Kaufs und Verkaufs wohl vereinbar und mit dem wirtschaftlichen Zweck des Reportgeschäfts insoweit auch verträglich, als dem Reportgeber dadurch das weitere Halten seiner Position nur erschwert, aber keineswegs verunmöglicht wird. (Entsch. v. 15. Dezember 1893 i. S. Eisenhut c. Forrer & Siebenmann.)

---

45. *Amtsbürgschaft; Haft des Geschäftsherrn.*

Bei der Amtsbürgschaft hat der Geschäftsherr für Arglist und grobe Fahrlässigkeit in Beaufsichtigung des Beamten einzustehen. Er kann Ersatz eines Schadens nicht verlangen, dessen Herbeiführung er selbst durch dolose oder grob fahrlässige Unterlassung der durch die Umstände dringend gebotenen Kontrolle erst ermöglicht hat (A. S. d. b.-g. Entsch. 15 S. 531 ff.). Dagegen geht die Aufsichtspflicht des Geschäftsherrn doch nicht so weit, dass er für Vollkommenheit seiner Kontroleinrichtungen und ihrer Handhabung einzustehen hätte. Die bona fides des Bürgschaftsvertrages verlangt nur, dass er die Beaufsichtigung des Beamten nicht in arglistiger oder grob fahrlässiger Weise vernachlässige. (Entsch. vom 20. Januar 1893 i. S. Aargau c. Welti; A. S. d. b.-g. Entsch. XIX. 77.)

---

46. *Art. 589 und 143 O. R. Haftbarkeit eines Gesellschafters nach erfolgter Auflösung einer Kollektivgesellschaft und Uebernahme ihrer Aktiven und Passiven durch eine neue Gesellschaft.*

Art. 589 O. R. spricht nur von der Haftung eines ausgeschiedenen oder ausgeschlossenen Gesellschafters, dagegen nicht von der Haftbarkeit eines Gesellschafters nach erfolgter Auflösung der Gesellschaft. Ist eine Kollektivgesellschaft aufgelöst und sind etwa Aktiven und Passiven von einer neuen Gesellschaft übernommen worden, so sind bezüglich der Haftbarkeit der Mitglieder der aufgelösten Gesellschaft die allgemeinen Grundsätze über Novation zur Anwendung zu bringen, und dabei ist die Bestimmung des Art. 143 O. R. massgebend, dass die Neuerung nicht vermutet wird, sondern der Wille, sie zu bewirken, aus dem Geschäfte klar hervorgehen muss. In der blossen Kenntnisnahme eines Cirkulars, in welchem die Auflösung der bisherigen Gesellschaft und der Uebergang ihrer Aktiven und Passiven auf die neue Gesellschaft gemeldet wurde, kann nicht die stillschweigende Erklärung gefunden werden, dass der Empfänger des Cirkulars die frühern Gesellschafter ihrer Schuld-

pflicht entlassen wolle; eine Rechtspflicht zur Rückäusserung gegenüber solchen Cirkularen besteht nach keiner Richtung. Dass beim Bestehen eines Kontokorrentverhältnisses, welches nach dem bekannt gewordenen Ausscheiden eines Gesellschafters durch Uebertragung des Saldos auf neue Rechnung und Saldierung dieser Rechnung vorbehaltlos fortgesetzt worden ist, eine Entlassung des ausgeschiedenen Gesellschafters angenommen werden darf[1]), beruht auf den eigenartigen Verumständungen des speziellen Falles und darf keineswegs dahin verallgemeinert werden, dass mit der Akzeptation des neuen Schuldners der bisherige ohne weiters entlassen sein soll.

Bei einer Mehrzahl von Forderungen kann der Gläubiger nur einzelne derselben gegen den ursprünglichen Schuldner geltend machen und eine Entlassung des Schuldners nicht etwa darin erblickt werden, dass Klägerschaft denselben aus einer andern, als der eingeklagten Schuld entlassen hat. (Entsch. v. 23. Dezember 1893 i. S. Leihkasse Stammheim c. Rudolf.)

---

47. *Versicherungsrecht. 1) Gültigkeit von Vertragsbestimmungen über Suspension der Vertragsverpflichtungen bei nicht rechtzeitiger Zahlung der Prämien. 2) Umwandlung der Prämienschuld in Holschuld.*

1) Die Bestimmung in einem Versicherungsvertrag, dass wenn die fällige Prämie innerhalb gewisser Frist seit dem Fälligkeitstermin nicht bezahlt werde, die Verpflichtungen der Gesellschaft ohne weiteres suspendiert seien, und dass sie bei nachträglicher Zahlung erst mit dieser Zahlung wieder aufleben, und zwar nur für die Folge-, nicht aber auch für die Zwischenzeit, ist gültig. Eine Beschränkung der Vertragsfreiheit besteht in dieser Richtung de lege lata nicht.

2) Es darf als ein im Versicherungsrechte allgemein geltender Grundsatz angesehen werden, dass die Verpflichtung des Versicherungsnehmers, die Prämie dem Versicherer zur bestimmten Zeit zu bringen, sich in eine sog. Holschuld verwandelt, wenn die Gesellschaft selbst von der betreffenden Vertragsklausel abgegangen ist und die Prämien regelmässig hat abholen lassen, und dass ferner die Gesellschaft in einem solchen Falle sich nicht mehr auf die Bestimmungen der Police berufen kann, um den Beschädigten der Versicherungs-

---

[1]) S. Revue XI Nr. 109.

summe desswegen verlustig zu erklären, weil er die Prämie nicht rechtzeitig gezahlt hat (vrgl. König, in Endemanns Handbuch des deutschen Handelsrechts, III. Bd. § 410, Lewis, Lehrbuch des Versicherungsrechts, S. 186, Ehrenberg, das Versicherungsrecht, Bd. I S. 504, Malsz, in Goldschmidts Zeitschrift für das ges. Handelsrecht, Bd. 13 S. 96). Es würde gegen Treu und Glauben verstossen, wenn die Gesellschaft sich auf die Verwirkungsklausel bei nicht rechtzeitiger Prämienzahlung stützen wollte, nachdem sie den Versicherungsnehmer selbst an das Abholen der Prämie oder an eine Mahnung ihrerseits gewöhnt hat. (Entsch. v. 29. Dezember 1893 i. S. Frutiger c. Unfallversicherungsgesellschaft Winterthur.)

---

48. *Civilrechtliche Verhältnisse der Niedergelassenen. Ausschliessliche Kompetenz der Wohnsitzbehörden für die Vormundschaft.*

Das Bundesgesetz über die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter geht davon aus, dass für die Vormundschaft ausschliesslich das Wohnsitzrecht der betreffenden Personen massgebend sein solle und zwar sowohl für diejenigen, über welche die Vormundschaft erst verhängt werden soll, als für solche, die schon bisher unter Vormundschaft gestanden. Es geht dies unzweideutig hervor aus dem Wortlaut des Art. 10, wie des Art. 35 gen. Gesetzes. (Vgl. auch das Kreisschreiben des Bundesrates vom 20. November 1891, B. Bl. 1891 V. 482.) Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Wohnsitzbehörde die Uebertragung von der Heimatbehörde besonders verlange, sondern dieser Uebergang von der Heimatbehörde an die Wohnsitzbehörde tritt von Gesetzeswegen ein und die rechtliche Folge ist, dass auch das Vermögen des Bevormundeten an die Wohnsitzbehörde auszuhändigen ist. Die Heimatbehörde kann das Begehren um Ueberlassung der Vormundschaft nicht damit begründen, dass die Gesetzgebung am Wohnsitze, im Vergleich mit jener der Heimat, nicht die gleichen Garantien für die Bevogtigung von Verschwendern biete. (Entsch. v. 29. November 1893 i. S. Leuzinger.)

---

49. *Art. 7. B.-Ges. betreffend die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffunternehmungen bei Tötungen und Verletzungen. Begriff der groben Fahrlässigkeit.*

Allerdings ist es mit der Aufmerksamkeit und Sorgfalt,

welche dem Eisenbahntechniker zuzumuten ist, mit Rücksicht eben auf die entsetzlichen Folgen, die an von ihm begangene Fehler sich knüpfen können, und seiner dadurch bedingten verantwortungsvollen Stellung nicht leicht zu nehmen. Allein wenn es sich fragt, ob eine grobe Fahrlässigkeit begangen worden sei, so ist trotzdem der Massstab der Beurteilung selbstverständlich nicht dem Verhalten zu entnehmen, welches vielleicht ein Techniker von hervorragender Begabung, von durchdringendem, die Erfahrungen der Zukunft gleichsam vorwegnehmendem Scharfblick und von tadelloser Sorgfalt beobachtet hätte; vielmehr ist zu fragen, ob solche Verstösse begangen worden seien, welche ein Techniker gewöhnlicher Art, welcher über den Mittelschlag der Fachgenossen weder durch Einsicht und Sorgfalt hervorragt, noch hinter demselben zurückbleibt, bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit nicht begangen hätte. (Entsch. v. 13. März 1893 i. S. Stähelin c. Jura-Simplonbahn; A. S. d. b.-g. Entsch. XIX. 37.)

---

50. *Art 7 B.-Ges. betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst. Recht zur Aufführung von dramatischen, musikalischen oder dramatisch-musikalischen Werken. Wann gilt ein solches Werk als veröffentlicht?*

Um ein solches Werk zu einem veröffentlichten zu stempeln, ist nicht erforderlich, dass die Veröffentlichung durch den Druck erfolgt sei; dieselbe ist vielmehr durch jede Art der Vervielfältigung möglich. Entscheidend ist, ob das Werk in den Händen eines ausschliesslichen Eigentümers bleibe, von dem es allein auf rechtmässigem Wege zu erlangen ist, oder ob dasselbe zur Disposition des Publikums gebracht sei, so dass es Jedermann im freien Verkehr erwerben kann. Steht bezüglich einer musikalischen Oper fest, dass zum Verkauf und zur Verleihung der Partitur nur eine bestimmte Person befugt ist, so kann daraus, dass eine Reihe von Theatern das Material von derselben erworben haben, nicht der Schluss gezogen werden, dass das Werk veröffentlicht sei. In der Regel wird das Aufführungsrecht auf die Bühne beschränkt, welche die Partitur erworben hat, und wird derselben noch ausdrücklich untersagt, Partitur und Stimmen zu verkaufen oder zu verleihen oder irgendwie zu vervielfältigen. Auch abgesehen von einem solchen ausdrücklichen Verbot des Weiterverkaufs u. s. f. ergiebt sich derselbe Schluss in Anbetracht, dass die Theater übungsgemäss ihren Bedarf

an Opern nur für ihren eigenen Gebrauch zu Aufführungszwecken erwerben. Das Recht zur Aufführung eines solchen Musikwerks kann daher nicht durch Entlehnen der Partitur von dem Direktor eines solchen Theaters erworben werden. (Entsch. v. 25. Nov. 1893 i. S. Ricordi & Cie c. Nicolini.)

---

51. *B.-Ges. betreffend Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst. Ist Benützung der gleichen Gedanken Nachdruck? Verhältnis dieses Gesetzes zu Art. 50 O. R.*

Entscheidend für die Frage, ob Nachdruck vorliege, ist, ob dem an sich gleichen Stoffe eine wesentlich neue Gestalt gegeben, ob derselbe in einer andern, eigentümlichen Form zur Darstellung gebracht worden sei. Auf die Benutzung der gleichen Gedanken kommt es nicht an; denn diese ist vollständig frei.

Die Anwendung des Art. 50 ff. O. R. ist nicht auf die Fälle der lex Aquilia beschränkt, sondern nach bundesgerichtlicher Praxis, in Anlehnung an das französische Recht, beispielsweise auch bei concurrence déloyale gegeben; vorausgesetzt ist freilich, dass diese Konkurrenz eine unredliche sei. Soll die illoyale Konkurrenz in der Verletzung des Autorrechts bestehen, so fällt, nachdem eine solche Verletzung verneint worden ist, ohne weiteres die Annahme, in der Publikation des beklagtischen Schriftwerkes liege eine unredliche Handlung, dahin. (Entsch. v. 10. November 1893 i. S. Keller c. Drexler.)

---

52. *Art. 5 B.-Ges. betreffend die Abtretung von Privatrechten v. 1. Mai 1850. Recht des Enteigners zur Ausdehnung der Expropriation, Voraussetzungen.*

Art. 5 des Expropriationsgesetzes gewährt dem Exproprianten das Recht der Uebernahme nicht schon, wenn er für einen bestimmten Abschnitt mehr als einen Vierteil des Wertes dieses Abschnittes als Minderwert entschädigen muss, sondern nur, wenn der Minderwert, den er zu leisten hat, mehr als einen Vierteil des Wertes des ganzen Grundstückes beträgt. (Entsch. v. 24. Juni 1893 i. S. Thomann c. Nordostbahn, A. S. d. b.-g. Entsch. XIX Nr. 25.)

---

# B. Entscheide kantonaler Gerichte.

---

53. *Schadenersatz für moralische Unbill. Anwendbarkeit des Art. 55 O. R.*

**Baselstadt.** Urteil des Appellationsgerichts vom 29. Januar 1894 i. S. F. & Cie c. W.

U. W. hatte, wie durch Zeugenaussagen festgestellt wurde, über die Firma F. & Cie und deren Kreditfähigkeit höchst unvorsichtige und verletzende Aeusserungen gethan, die an sich geeignet gewesen wären, den Kredit dieser Firma mehr oder weniger stark zu schädigen. Glücklicherweise trat diese Folge nicht ein, immerhin klagten F. & Cie gegen U. W. eine Entschädigung von Fr. 10,000 ein, und zwar sowohl auf Grund von Art. 50 O. R. für wirklich erlittenen Schaden durch Kreditschwächung als auf Grund von Art. 55 für moralische Kränkung. Da sie für wirkliche Kreditschädigung keinerlei Beweis beizubringen vermochten, so liessen sie in der Gerichtsverhandlung ihren Anspruch aus Art. 50 fallen und hielten blos den aus Art. 55 und zwar für einen Betrag von 5000 Fr. aufrecht. Das Civilgericht wies sie auch damit ab, „weil nicht ersichtlich sei, dass irgend jemand, auf dessen Urteil und Ansicht Kläger Wert legen konnten, infolge dieses (durch die Aeusserungen des W. entstandenen) Gerüchtes an ihrer Solvenz, ihrer geschäftlichen und persönlichen Ehre gezweifelt hätte". Das Appellationsgericht bestätigte diesen Entscheid, und gab blos dem Gedanken, dass für solche Fälle einfacher Ehrenkränkung die moralische Genugthuung nicht in einer Geldsumme, sondern in einer durch Strafklage zu erwirkenden Strafe gesucht werden sollte, noch bestimmteren Ausdruck, indem es erklärte:

Die Frage, ob Zusprechung einer Entschädigung an die Kläger wegen ernstlicher Verletzung in ihren persönlichen Verhältnissen nach Art. 55 O. R. gerechtfertigt sei, muss verneint werden, in erster Linie und abgesehen von dem im erstinstanzlichen Urteile hierüber Bemerkten darum, weil dieser Art. 55, wenn er nicht zu endlosen Chicanen führen soll, nicht die Bedeutung haben kann, zu einem Geldgewinne verhelfen zu wollen in den Fällen, wo es sich ausschliesslich um einen Angriff auf den guten Ruf handelt, und eine Strafklage das zugleich angemessenste und wirksamste Mittel zur Aufhebung des dadurch allfällig verursachten moralischen Schadens und zur Beschaffung einer wirklichen moralischen Genugthuung

ist, wie sie durch eine Civilklage auf Geldentschädigung nicht in gleichem Mass erreicht werden kann.

---

54. *Schadenersatzpflicht für widerrechtliches prozessualisches Vorgehen. Art. 50 O. R.*

**Luzern.** Urteil des Obergerichts v. 20. Juli 1892.

Peter St. liess im Winter 1888 zu Sch. einen grösseren Holzschlag ausführen. Die Gebrüder E. erwirkten gegen die Abführung des Holzes ein Verbot, das zu einem Prozesse führte. Dieser endete mit der gänzlichen Abweisung der Verbotleger. Nun belangte sie Peter St. um Ersatz des angeblich durch widerrechtliche Verhinderung der Holzabfuhr ihm erwachsenen Schadens, und das Obergericht erklärte sie grundsätzlich schadenersatzpflichtig.

Motive: Die Art. 50 ff. O. R. finden hier ihre volle Anwendung. Es ist wohl mit Recht anzunehmen (vgl. Schneider und Fick, Kommentar zum O. R., grössere Ausg. S. 120 ff.), dass auch jener Schaden, der einer Person durch prozessualisches, auch civilprozessualisches Vorgehen widerrechtlich zugefügt wird, in den Bereich desjenigen Schadens zu ziehen ist, der im Sinne der Art. 50 ff. O. R. die Ersatzpflicht auf Seite des Schädigenden involviert. Im vorliegenden Falle nun hat die definitive Entscheidung des geführten Prozesses ergeben, dass das in Frage stehende Verbot Seitens der Beklagten total widerrechtlich erwirkt worden, und damit ist die eine Voraussetzung für eine allfällige Schadenersatzpflicht derselben gegeben.

(Verh. des Luz. Obergerichts v. 1892, Nr. 146.)

---

55. *Verträge zu Gunsten Dritter. Rückbezug einer Leistung vor Annahme des Dritten. Art. 128 O. R.*

**Bern.** Urteil des App.- u. Kass.-Hofes vom 18. Februar 1891 i. S. Morgenthaler c. Heiniger.

In einem Gutschein der Ersparniskasse Wangen ist bescheinigt, dass der Einnehmer „von W. Morgenthaler, eingelegt durch seine Taufpathin M. Hegi," am 30. Dezember 1885 eine Einlage von Fr. 500 erhalten habe. Diese Einlage wurde nebst Zinsen in verschiedenen Stössen bis zum 2. Juni 1888 an Maria Hegi zurückbezahlt. Diese starb 1892 und ihre Erbin, Anna Heiniger, wurde vom Vormunde des W. Morgenthaler auf Bezahlung dieser Fr. 500 und Zins be-

langt. Kläger behauptet, jener Gutschein beweise, dass M. Hegi die darin verurkundete Darlehensforderung dem Kläger abgetreten und die Schuldnerin von der Abtretung Kenntnis genommen habe. Eventuell: in den beschriebenen Vorgängen liege die Schenkung einer Forderung und deren wenn nicht ausdrückliche, so doch stillschweigende Annahme. Ueber die abgetretene, bezw. geschenkte Forderung habe M. Hegi verfügt und sich dadurch zum Nachteil des Klägers unrechtmässig bereichert. Die Beklagte bestritt sowohl Abtretung als Schenkung. In der mündlichen Verhandlung führte Kläger seinen Anspruch eventuell auf einen von M. Hegi zu seinen Gunsten abgeschlossenen Vertrag zurück. Der App.- u. Kass.-Hof wies die Klage ab.

Motive: Zur Abtretung fehlt, wenn man auch den Abtretungswillen der Cedentin als erwiesen betrachten will, jedenfalls der Nachweis der Annahme durch den Cessionar. Eine ausdrückliche Annahmeerklärung ist nicht behauptet worden und eine stillschweigende könnte nur angenommen werden, wenn hergestellt wäre, dass Kläger von der auf seinen Namen gemachten Einlage vor Rückzug derselben durch Frau Hegi Kenntnis gehabt habe, was nicht der Fall ist. Eine Schenkung hätte, da von einem Schenkungsversprechen hier keine Rede sein kann und das Objekt der Schenkung eine Forderung gewesen wäre, notwendigerweise in der Form einer Abtretung vor sich gehen müssen. Somit fällt dieser Standpunkt des Klägers mit dem ersten zusammen und ist durch das dort Gesagte erledigt. Aus ähnlichem Grunde ist der dritte Standpunkt des Klägers nicht haltbar. Weder W. Morgenthaler noch sein Vormund haben der Ersparniskasse erklärt, von den dem Kläger zustehenden Rechte aus dem zwischen der Kasse und Frau Hegi abgeschlossenen Vertrage Gebrauch machen zu wollen, bevor die Schuldnerin von der Gläubigerin durch den Rückzug der Einlage thatsächlich der Pflicht, an den Dritten zu leisten, wenn eine solche überhaupt je bestanden hatte, entbunden war (Art. 123 O. R.).

(Zeitschr. d. Bern. Juristenvereins, XXIX S. 529.)

---

56. *Darlehen mit Verfall auf beliebige Aufforderung hin; der Zahlungsbefehl als solche. Art. 86, 336 O. R.*

**St Gallen.** Entscheid des Kantonsgerichtspräsidenten als Rekursinstanz vom 14. November 1893.

Gegen B., der mit den Worten: „Forderung unkanntlich,

bis gesetzliche Abkündigung erfolgt ist," Recht vorgeschlagen hatte, wurde dem A. durch beide Instanzen für Fr. 400 die provisorische Rechtsöffnung erteilt auf Grund nachstehenden Obligos:

Schuldschein: Von A. habe ich die Summe von Fr. 400 als Darlehen auf unbestimmte Zeit empfangen. Ich verspreche hiemit, diese Summe, sobald der Gläubiger sie zurückverlangt, wieder zurückzuerstatten.

(Datum). sig. B.

Motive: ....... Die Bestimmung, es solle wieder zurückerstattet werden, sobald der Kreditor es verlange, ist gleichbedeutend mit der im Art. 336 O. R. vorgesehenen Vereinbarung des Verfalles auf beliebige Aufforderung hin. — Für diesen Fall tritt die Ausnahme des cit. Art. nicht ein, kommt vielmehr Art. 86 zur Anwendung. Da das im Schuldschein vorgesehene Zurückverlangen der verschriebenen Summe deren sofortige Fälligkeit nach sich zieht, so besteht kein Hindernis, dieses Zurückverlangen in der Form eines Zahlungsbefehles selbst auszudrücken, und kein Grund dafür, dem Zahlungsbefehl eine andere amtliche oder private Zahlungsaufforderung vorangehen zu lassen.

(Entsch. d Kantonsger. St. Gallen 1898 S. 101 f.)

---

57. *Bürgschaft. Eintritt mehrerer Bürgen als Vertragsbedingung oder als blosse persönliche Voraussetzung eines von ihnen. Dessen Haftung im letztern Fall. Art. 496 O. R.*

**St. Gallen.** Urteil des Kantonsgerichtes vom 4. Januar 1893.

Die Bank X. hat dem Y. ein Darlehen von Fr. 5000 gegeben, gegen Obligo mit folgender Bürgschaftsverschreibung:

Für obigen Betrag von Fr. 5000 haften bis zu gänzlicher Zurückzahlung unter solidarischer Haftbarkeit als unbedingte, wahre Bürgen und Selbstzahler.

X., 10. August 1889.

sig.: A.
„ B.
„ C.

Im Dezember 1891 geriet der Hauptschuldner Y. und im Februar 1892 der erste Bürge A. in Konkurs. Von der Bank X. zur Zahlung aufgefordert, erklärte der dritte Bürge C., seine Unterschrift auf dem Bürgschein sei gefälscht. Die gerichtlichen Schriftexperten unterstützten diese Behauptung, worauf die Bank sich an den zweiten Bürgen B. hielt, die

Weiterführung des ihrer Ansicht nach aussichtslosen Rechtsstreites gegen C. ihm anheimstellend.

B. anerkannte sich nur für die Hälfte der verbürgten Summe als zahlungspflichtig. Für die andere Hälfte hätte C. aufkommen sollen. Dessen Wegfall sei von ihm (B.) nicht verschuldet und nicht zu vertreten, sondern vom Gläubiger zu tragen, der sich durch eine falsche Unterschrift habe täuschen lassen. — Das Kantonsgericht hat B. zur Bezahlung der ganzen verbürgten Summe verurteilt.

Motive: Die Zahlungsweigerung des B. wäre begründet, wenn die Eingehung seiner Bürgschaftsverpflichtung zwischen der Bank X. und B. vertraglich von der Bedingung abhängig gemacht worden wäre, dass C. Mitbürge sein solle. Eine solche Verabredung zwischen der Bank X. und B. ist aber nicht bewiesen und von B. nicht einmal behauptet worden. Die blosse Voraussetzung bei B. bei Unterzeichnung des Bürgscheins, es werde auch C. mitunterzeichnen, begründet an sich noch keine Bedingung für die Gültigkeit der von ihm vorbehaltlos unterzeichneten Bürgschaftsverpflichtung für den gesamten Darlehensbetrag, da im Bürgschein selbst weder die Anzahl noch die Namen der in Aussicht genommenen Bürgen bezeichnet waren. Aus der Wortfassung des Bürgscheins (Pluralform) konnte der Erstunterzeichnende (A.) ersehen, dass neben ihm noch einer einzutreten habe; aber der zweitunterzeichnende (B.) sah nur, dass A. neben ihm hafte, hatte aber keine Gewähr, dass noch ein Dritter zu unterzeichnen haben werde. Unter diesen Umständen kann natürlich dem B. aus dem Irrtum der Bank X. über die Aechtheit der Unterschrift des C., in den die Bank X. von dritter Seite und ohne eigenes Verschulden versetzt worden war, keine Befreiung für eine Quote von der für das ganze Darlehen übernommenen Bürgschaftsverpflichtung erwachsen.

(Entsch. des Kantonsger. St. Gallen 1893 S. 3 f.)

---

58. *Accident de fabrique. Prescription de l'action en dommages-intérêts. Loi féd. du 25 juin 1881 sur la respons. civ. Art. 8 et 12.*

Neuchâtel. Jugement du Tribunal cantonal du 6/16 mars 1893 d. l. c. Hummel c. Jura-Simplon.

Hummel est au service de la compagnie du Jura-Simplon en qualité de chaudronnier attaché au dépôt de Neuchâtel. Le 31 août 1888, en burinant une pièce de fonte destinée

à une voûte de locomotive, il fut atteint par un éclat de métal qui pénétra dans l'oeil gauche et occasionna une plaie de la cornée. Admis à l'hôpital il y demeura en traitement jusqu'au 6 novembre. Il reprit son travail le 8 novembre, au vu d'un rapport du Dr. V. qui le déclarait guéri tout en entourant cette déclaration de la réserve, qu'il est possible que le travail soit rendu plus difficile par le fait de la diminution considérable de l'acuité visuelle. Huit mois plus tard, soit au mois de juillet 1889, il se plaignit de nouveau de douleurs dans l'oeil; il consulta le Dr. V. et suivit un traitement, sans que, dit-il, ce traitement amenât une amélioration dans son état. Il continua néanmoins à travailler au dépôt pendant plus de deux ans et demi, soit jusqu'au 2 février 1892, date à laquelle, ne pouvant plus travailler, il se porta malade, et alla consulter le médecin B. qui lui remit une consultation constatant que l'acuité visuelle de l'oeil gauche n'est actuellement plus que de $^1/_{10}$ de la normale et ce reste de vue tend à diminuer encore. L'oeil droit a une inflammation qui doit être mise en corrélation directe avec l'accident. Cet oeil droit n'a qu'une acuité visuelle de $^2/_{10}$ de la normale. — En possession de cette pièce, Hummel s'adressa à la compagnie du Jura-Simplon dans le but d'obtenir une indemnité. La compagnie refusa d'entrer en tractation en se retranchant derrière l'art 12 de la loi féd. du 25 juin 1881. Dans sa demande, Hummel a précisé le moyen sur lequel il fonde sa conclusion de la manière suivante: Le 31 août 1888 H. a reçu une blessure dont il a été guéri neuf semaines plus tard; il a été indemnisé des conséquences de cette blessure. Mais, au mois de février 1892, H. a été atteint d'une maladie nouvelle, spéciale, quoique consécutive à l'accident de 1888. La constation officielle de cette maladie date du 10 mars 1892; depuis cette date, il ne s'est point écoulé une année, délai de prescription prévu à l'art. 12 cit. — Le Tribunal a écarté la demande de Hummel.

Motifs: Loi loi distingue deux sortes d'action en dommages et intérêts: celles qui sont fondées sur un accident ayant causé la mort ou des blessures et qui prescrivent en un an à compter du jour de l'accident, et celles qui sont fondées sur une affection spéciale engendrée par l'exploitation industrielle et qui prescrivent en un an à compter de la constatation officielle de la maladie.

Or, il est bien certain que l'affection des yeux dont H. est atteint ne peut, en aucune manière, être envisagée comme une „affection spéciale engendrée par l'exploitation industrielle."

Elle est la suite de l'accident dont H. a été victime le 31 août 1888.

Dans cette situation, il paraît impossible de ne pas faire courir le délai de prescription de l'action de H. à partir du 31 août 1888, car rien dans cet art. 12 ne permet de supposer que le législateur ait entendu assimiler aux affections spéciales engendrées par l'exploitation industrielle les maladies consécutives d'un accident. L'art. 8 de la loi permet aussi de conclure que celui qni est victime d'un accident, dont les conséquences ne sont pas encore appréciables, ne doit pas manquer néanmoins de former son action dans le délai d'une année, puisque c'est là le seul moyen dont il dispose pour obtenir la réserve prévue à l'art 8 en vue de l'allocation d'une somme plus élevée pour le cas de mort ou d'une aggravation notable de l'état de santé du blessé.

(Jugements du Trib. cant. de Neuch. III p. 68 ss.)

---

59. *Eisenbahnhaftpflicht. In aussercontractlichen Verhältnissen nur bei Verschulden begründet.*

**Zürich.** Urteil der Appellationskammer des Obergerichts v. 31. Oktober 1893 i. S. Gemeinde Bülach c. N. O. B.-Gesellschaft.

Am 20. Mai 1892 brach während eines heftigen Westwindes in einer Waldung der Gemeinde Bülach ein Brand aus, der grosse Verheerung anrichtete. Die Gemeinde behauptete, das Feuer sei durch die aus den Lokomotiven zweier gerade damals vorüberfahrender Züge der Nordostbahn ausgeworfenen Funken entfacht worden, und klagte gegen die Nordostbahn die Entschädigung von 4500 Fr. ein. Beide Instanzen wiesen die Klage ab. Aus den Motiven des Obergerichts:

Es ist nicht notwendig zu untersuchen, ob der Brand durch den Eisenbahnbetrieb verursacht worden sei, denn auch bei Bejahung dieser Frage wäre der Klaganspruch zu verwerfen. Es giebt nämlich keinen Rechtssatz, der die Eisenbahnunternehmungen in der Schweiz verpflichten würde, für allen Schaden, der dem Eigentum dritter, mit ihnen in keinen vertraglichen Beziehungen stehender Personen entsteht, ohne Rücksicht darauf, ob ein Verschulden vorliegt, aufzukommen. Die Klägerin hat sich auf Art. 16 des Eisenbahngesetzes vom 23. Dezember 1872 berufen, in dessen erstem Absatz allerdings gesagt ist, dass die Eisenbahngesellschaft für nicht abzuwendende Beschädigungen Ersatz zu leisten habe. Allein diese Bestimmung bezieht sich blos auf den Bau der Eisen-

bahn und darf auch nicht analog auf Beschädigungen, die durch den Betrieb verursacht werden, angewendet werden, da eine solche Interpretation mit der Vorschrift des Art. 8, Abs. 2 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes im Widerspruch stehen würde.

(Im Uebrigen handelt das Urteil davon, dass die Beklagte kein Verschulden treffe).

(Schweizer Blätter f. handelsr. Entsch. XIII S. 17 f.)

---

60. *Restitution gegen den Ablauf der 10-tägigen Beschwerdefrist von Art. 17—19 Sch. u. K.-G.*

**Zürich.** Beschluss des Obergerichtes vom 7. Okt. 1898 i. S. Stierli.

S. beschwerte sich bei der Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs über einen Betreibungsbeamten.

Nachdem seine Beschwerde vom Bezirksgericht abgewiesen worden war, wiederholte er dieselbe am 11. Tage nach der Mitteilung des erstinstanzlichen Beschlusses beim Obergericht, wobei der Vertreter des Beschwerdeführers um Restitution gegen den Ablauf der 10-tägigen Beschwerdefrist nachsuchte, weil er infolge eines in seiner Familie eingetretenen Unfalls an der Einreichung der Beschwerde vor Ablauf des zehnten Tages verhindert worden sei.

Das Obergericht hat dem Beschwerdeführer Restitution erteilt.

Motive: Dass der vom Beschwerdeführer geltend gemachte Grund an sich die Erteilung der Restitution rechtfertigt, sofern das Rechtsmittel der Restitution überhaupt zulässig ist, ist ohne weiteres zu bejahen. Dagegen hat der Bundesrat die Zulässigkeit der Restitution bei Beschwerden in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen grundsätzlich verneint. (S. Archiv 1892 Nr. 72.)

Die diesseitige Gerichtsstelle kann sich jedoch von der Richtigkeit dieses Entscheides nicht überzeugen.

In den bundesgesetzlichen Vorschriften, dass Beschwerden gegen Verfügungen der Betreibungs- und Konkursämter und gegen Beschlüsse der Aufsichtsbehörden überhaupt zulässig seien, liegt der Natur der Sache nach auch die Zulässigkeit der Restitution bei unverschuldeter Versäumnis der Frist; denn es lassen sich unzählige Fälle denken, in welchen die Innehaltung der Frist ohne jegliches Verschulden der Parteien unmöglich ist, und wenn man in solchen Fällen das Recht der Beschwerde einfach abschneiden wollte, so wäre

dies eine nicht verständliche und nicht zu rechtfertigende Beschränkung des Beschwerderechtes selbst.

Folglich muss gesagt werden, dass die Zulässigkeit der Restitution kraft des Bundesgesetzes selbst vorhanden sei und sich von selbst verstehe, ohne dass hiefür kantonales Recht herbeigezogen zu werden braucht, sofern das Bundesgesetz sie nicht ausdrücklich ausschliesst. Eine diesfällige Bestimmung findet sich aber im Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz nicht.

(Schweizer Blätter f. handelsr. Entsch. XIII [1894] S. 23.)

---

61. *For de l'action en restitution de l'indu. Art. 86 loi P. et F. Art. 1, 3 Traité franco-suisse du 15 juin 1869.*

**Genève.** Jugement du Tribunal de 1re instance (Chambre commerciale) du 21 septembre 1893 d. l. c. Novel c. Marpaut.

S. Marpaut domicilié à Villefranche (France), représenté par X. avocat à Genève, a fait notifier à sieur Novel à Genève un commandement de payer 132 fr. 95 cts. avec intérêts au 6% du 16 juillet 1892. Novel, ayant laissé passer le délai prévu par la loi pour faire opposition à ce commandement, a versé en mains du caissier de l'Office des poursuites la somme de 139 fr. 75 pour solde de la poursuite; dès lors, conformément à l'article 86 de la loi fédérale sur la poursuite, il a introduit pardevant le Tribunal de première instance une demande en paiement de 139 fr. 75, pour restitution de pareille somme, payée par lui à Marpaut, mais qu'il prétend ne pas devoir. Marpaut a excipé de l'incompétence du Tribunal en invoquant son domicile à Villefranche, sa nationalité française, les dispositions de l'article 1er du traité franco-suisse du 15 juin 1869, et en soutenant qu'il n'a fait aucune élection de domicile à Genève pour cette instance. — Le Tribunal s'est déclaré compétent pour connaître de la présente demande, en adoptant les motifs exposés par le Procureur général, dont voici la teneur: S'il est vrai que l'art. 1er du traité franco-suisse du 15 juin 1869 dise que „dans les contestations en matière mobilière et personnelle, civile ou de commerce, qui s'élèveront, soit entre Suisses et Français, soit entre Français et Suisses, le demandeur sera tenu de poursuivre son action devant les juges naturels du défendeur," — en revanche, l'art. 3 de ce même traité fait

une exception à ce principe en cas d'élection de domicile et dit que les juges du domicile élu seront seuls compétents pour connaître des difficultés relatives à l'exécution du contrat pour lequel cette élection de domicile a été faite.

Et la jurisprudence, aussi bien que la doctrine, ont décidé, en interprétant cette disposition de l'art. 3, que, lorsqu'une élection de domicile avait été faite en vue de la rentrée d'une créance, elle subsisterait pour toutes les difficultés auxquelles cette rentrée pouvait donner lieu.

Le législateur n'a pas voulu, en effet, enlever au débiteur les moyens de se défendre par toutes les voies de droit contre l'action du créancier.

C'est ainsi que, si une élection de domicile a été faite par un demandeur en première instance, elle est valable pour l'appel que le défendeur condamné voudrait lancer, et, d'une manière générale, pour toutes les voies de recours mises à sa disposition par la loi, sans quoi la situation du demandeur se trouverait favorisée aux dépens du défendeur.

L'art. 86 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes, qui dit que l'action en répétition est introduite au for de la poursuite, ou à celui du défendeur, selon le désir du demandeur, n'est donc pas en contradiction avec le traité franco-suisse du 15 juin 1869; bien au contraire, il consacre expressément la disposition de l'art. 3 de ce traité.

En effet, pour faire notifier un commandement, le créancier domicilié à l'étranger doit indiquer dans sa réquisition de poursuite le domicile élu par lui aux fins de cette notification, à défaut de quoi la loi décide qu'il a un domicile tacitement élu (art. 67 de la loi fédérale sur la poursuite).

Et il est indiscutable que l'élection de domicile faite pour recouvrer la créance subsiste pour l'action en répétition de cette même créance, que le défendeur prétend avoir été forcé de payer indûment.

Si bizarre que puisse paraître la procédure tracée par le législateur fédéral, qui oblige celui qui n'a pas fait opposition en temps utile, à un commandement de payer, à payer même ce qu'il prétend ne pas devoir, pour introduire ensuite une action en répétition, il est évident que cette action en répétition n'est que le dernier acte d'une seule et même procédure rélative à une seule et même affaire, et que, par conséquent, l'élection de domicile faite par le poursuivant, ou à lui imposée pour faire notifier son commandement, reste obligatoire pour l'instance en restitution de la même somme, qu'il a en quelque sorte provisoirement touchée, jusqu'à ce

que la preuve qu'elle n'est pas due ait été rapportée par celui qui l'a payée.

(La Semaine judiciaire 1893 Nr. 43.)

---

62. *Saisie de salaire. Durée de ses effets. Art. 93, 110, 116 et 121 L. P. et F.*

**Vaud.** Arrêt du Tribunal cantonal (Cour des poursuites) du 21 nov. 1893 d. l. c. Union du Crédit c. Dorier.

Le 19 août 1892, l'office des poursuites de Nyon a opéré, sur la réquisition de l'Union du Crédit une saisie de salaire de 20 fr. par mois sur le traitement de H. Dorier, agent de police à Nyon. Le 1er octobre suivant, une nouvelle saisie de salaire fut opérée au préjudice de Dorier et sur réquisition de l'Union du Crédit, cette seconde saisie devant prendre rang dès que la première série serait complètement payée. La retenue de salaire était cette fois de 25 fr. par mois. Par lettre du 6 octobre 1893, l'office des poursuites, appliquant par analogie l'art. 116 L. P., avisa l'Union que ses saisies étaient tombées le premier du dit mois. L'Union a porté plainte contre ce procédé de l'office, en concluant à ce que les saisies, soit retenues de salaires pratiquées ensuite des poursuites en mains de la commune de Nyon, au préjudice de Dorier, sont maintenues jusqu'à bout de paiement des créances fondant les dites saisies. Le Président du Tribunal de district (autorité inférieure de surveillance) a écarté la plainte de l'Union, en se fondant sur le motif que l'art. 116 L. P. est applicable par analogie à l'espèce et que le délai d'un an fixé pour la réquisition de vente de biens meubles doit l'être aussi pour les saisies perfectionnées par retenues de salaires. L'Union a déféré le cas à l'autorité cantonale de surveillance qui a admis la plainte et prononcé que les saisies de l'Union doivent rester en force jusqu'à complet paiement des créances fondant les poursuites.

**Motifs:** Considérant que la loi fédérale sur la poursuite ne contient aucune disposition déterminant depuis quel moment, et pour quelle durée les salaires, traitements et autres revenus provenant d'emplois (art. 93 L. P.) peuvent être saisis.

Que les art. 116 et 121 L. P. s'appliquent à la réquisition de vente des biens saisis, meubles ou immeubles, et non à la réalisation des saisies concernant les revenus dont parle l'art. 93.

Qu'à l'absence de dispositions précises, il y a lieu de se demander quelle a été l'intention du législateur en édictant cet art. 93.

Que cette intention paraît être de rendre les salaires saisissables à futur, non seulement avant d'être échus, mais avant d'être acquis, et ce pour une durée illimitée, sans réserve du droit de participation accordé à d'autres créanciers, aux termes de l'art. 110 L. P.

Qu'en conséquence, la saisie pratiquée par voie de retenue de salaires dure aussi longtemps que le débiteur travaille pour le compte du tiers en mains duquel la saisie est opérée.

(Journal des tribunaux XLI [1893] p. 794 s.)

---

63. *Pfändung hängender Früchte, ob statthaft für eine Schuld des Pächters? Art. 94 B.-Ges. betr. Betreibung und Konkurs.*

**Zürich.** Entscheid des Obergerichts (Betreibungs-Aufsichtsbehörde) vom 28. Oktober 1893 i. S. Kurz c. Rapold.

H. Kurz erwirkte für eine laufende Forderung Pfändung auf die stehenden und hängenden Früchte eines Grundstückes, welches der Schuldner F. Rapold gepachtet hatte. Das Bezirksgericht schützte den letzteren bei der von ihm hiegegen erhobenen Beschwerde mit der Begründung, die stehenden und hängenden Früchte gehören während der Dauer ihrer organischen Verbindung mit dem Grundstück nicht dem Pächter, sondern dem Grundeigentümer, und seien daher der Exekution für Schulden des Pächters entzogen. Einen Rekurs des Gläubigers gegen dieses allerdings sonderbare Urteil hiess das Obergericht gut.

Motive: Allerdings erklärt § 49 litt. a des zürch. pr. G.-B. die hängenden und stehenden Früchte als Teile des Grundstücks, auf dem sie wachsen, woraus folgt, dass sie erst mit der Trennung und Einsammlung Eigentum des Pächters werden, bis dahin aber dem Grundeigentümer gehören. Da indess dem Pächter ein Forderungsanspruch auf die Gewinnung der Früchte zusteht und eine Inanspruchnahme der letzteren für dessen Gläubiger nur auf dem Wege der Pfändung derselben möglich ist, so erscheint die Zulassung dieses letzteren auf noch nicht losgetrennte Früchte gegenüber dem Pächter als gerechtfertigt und rechtlich begründet.

Vgl. Weber und Brüstlein, Kommentar zu Art. 94, Anm. 2. Anderer Meinung dagegen Heuberger, Komm. Anm. 2.

(Schweizer Bl. f. h.-r. Entsch. XIII [1894] S. 15.)

---

64. *Anfechtungsklage. Anfechtung einer vom Bürgen zu seiner Sicherstellung beim Hauptschuldner vorgenommenen freiwilligen Pfandverschreibung. Verhältnis von Art 511 O. R. zu Art 287 und 288 Sch. u. K. G.*

**Zürich.** Beschluss des Obergerichtes (App.-Kammer) vom 12. Dezbr. 1893 i. S. Walder c. Hofmann.

J. Walder betrieb den S. für eine Forderung. Auf das am 27. Juni 1893 gestellte Pfändungsbegehren wurden u. A. fünf Pferde gepfändet, auf denen A. Hofmann und G. Stauber ein vertragliches Pfandrecht, gestützt auf eine am 15. Juni ausgestellte freiwillige Pfandverschreibung beanspruchten. Letztere haben nämlich dem K. Stauber für ein Darlehen, das am 15. April 1893 hätte zurückbezahlt werden sollen, Bürg- und Selbstzahlerschaft geleistet und sich für ihre eventuelle Regressforderung gegen den Hauptschuldner teilweise Deckung verschaffen wollen.

Walder bestritt dieses Pfandrecht, worauf die Ansprecher die Pfandklage anhoben. Das Bezirksgerichtspräsidium hat die Pfandverschreibung der Kläger als zu Recht bestehend erklärt, gestützt darauf, dass da der Hauptschuldner in Verzug geraten sei, die Bürgen gemäss Art. 500 Abs. 2 O. R. ein Recht auf Sicherstellung gehabt hätten, mithin das Rechtsgeschäft nicht gemäss Art. 287 Sch. u. K.-Ges. angefochten werden könne, und was die Anwendbarkeit des Art. 288 ibid. anbetreffe, nicht vorliege, dass der Schuldner oder seine Bürgen sich bei dem Rechtsgeschäfte dolose Handlungen hätten zu Schulden kommen lassen, indem die letztern ja lediglich von einem ihnen gesetzlich zustehenden Rechte Gebrauch gemacht hätten.

Die Appellationskammer erklärte den von Walder erhobenen Rekurs für begründet und demgemäss die streitige Pfandverschreibung als nichtig.

Motive: 1. Eine Pflicht des Schuldners zur Sicherstellung der Bürgen beteht von dem Momente an, wo der Bürge die Sicherstellung verlangen kann, nicht erst von dem Zeitpunkte, in dem er von diesem Rechte wirklich Gebrauch macht. Da nun die Hauptschuld am 15. April 1893 fällig geworden ist, der Schuldner sich also seit diesem Zeitpunkte im Verzuge befand, so bestand für ihn von da an die Pflicht, die Bürgen sicherzustellen.

2. Eine andere Frage aber ist, ob es zum Ausschluss der Anfechtung auf Grund des Art. 287 Sch.-Ges. genüge, wenn die Pflicht zur Sicherstellung überhaupt schon in dem Momente bestanden hatte, da das angefochtene Rechtsgeschäft abgeschlossen wurde, oder ob nicht diese Pflicht schon mindestens sechs Monate vor der fruchtlosen Pfändung oder der Konkurseröffnung bestanden haben müsse, m. a. W. ob sich das Wort „früher“ in Ziff. 1 des Art. 287 auf den Abschluss der anfechtbaren Rechtshandlung oder auf die im Eingange des Artikels enthaltene Zeitbestimmung beziehe. Der Wortlaut des Gesetzes würde beide Deutungen zulassen; immerhin würde, wenn die letztere Version richtig wäre, auffallen, dass nicht eine diese Meinung deutlich und unzweifelhaft ausdrückende Redaktion gewählt worden ist. Gegen die ersterwähnte Auslegung würde sprechen, dass kein Grund ersichtlich ist, weshalb eine kurz vor der fruchtlosen Pfändung oder der Konkurseröffnung erfolgte Pfandbestellung dann anfechtbar sein sollte, wenn Entstehung und Erfüllung der Pflicht zur Sicherstellung zeitlich zusammenfallen, nicht aber, wenn jene dieser, vielleicht nur wenige Tage, vorausgeht. Dennoch ist davon auszugehen, dass sich die Zeitbestimmung in Ziff. 1 von Art. 287 auf den Zeitpunkt der Vornahme der angefochtenen Rechtshandlung beziehe. Das gegen diese Auslegung geäusserte Bedenken beseitigt sich nämlich leicht durch die Betrachtung, dass sofern die Pflicht zur Sicherstellung eine vertragliche, durch ein besonderes Rechtsgeschäft der Parteien begründete ist, dieses der Anfechtung ohnehin unterliegt, wenn die übrigen Voraussetzungen für eine solche gegeben sind. In allen solchen Fällen wird mit der Pfandbestellung selbst auch das Rechtsgeschäft anzufechten sein, das die Pflicht zur Sicherstellung begründete. Wo diese dagegen einfach die gesetzliche Folge eines an sich nicht anfechtbaren Rechtsgeschäftes ist, ist es offenbar ganz gleichgültig, ob diese vom Willen der Parteien nicht abhängige Wirkung innerhalb der letzten sechs Monate oder schon früher eingetreten sei.

Hienach kann die zu Gunsten der Rekursgegner errichtete freiwillige Pfandverschreibung auf Grund des Art. 287 nicht angefochten werden.

3. Es frägt sich nun aber weiter, ob die Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung, wie der in Frage kommenden, nach Art. 288 d. Sch.-G. zulässig sei oder nicht, und diese Frage ist zu bejahen. Denn nach dieser Bestimmung sind alle Rechtshandlungen zwischen dem Schuldner und einzelnen

Gläubigern anfechtbar, sofern nur vorliegt, dass der Schuldner beabsichtigt habe, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne derselben zum Nachteil anderer zu begünstigen, und dass die Absicht dem andern Teile erkennbar gewesen sei.

Nach Art. 287, für sich allein betrachtet, könnte man zwar zu der Annahme versucht sein, aus Ziff. 1 daselbst folge argumento ex contrario, dass die Anfechtungsklage in allen denjenigen Fällen der Sicherstellung eines einzelnen Gläubigers ausgeschlossen sei, in welchen der Schuldner schon früher zur Sicherstellung verpflichtet gewesen sei, gleichviel ob der Gläubiger die Vermögenslage des Schuldners gekannt habe oder nicht, und dass demgemäss zwischen Art. 287 und 288 ein gewisser Widerspruch bestehe.

Allein dieser Widerspruch löst sich sofort, wenn man das Verhältnis zwischen Art. 287 und 288 näher betrachtet, nämlich dass Art. 288 den allgemeinen Grundsatz der Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen, Art. 287 aber lediglich eine für gewisse Fälle abweichende Beweisregel aufstellt. Während nämlich die Erkennbarkeit der dolosen Absicht des Schuldners für den begünstigten Gläubiger gemäss Art. 288 von demjenigen, der die Rechtshandlung anficht, nachgewiesen werden muss, hat Art. 287 unter gewissen Voraussetzungen, unter denen die betreffende Rechtshandlung an sich schon als verdächtig erscheint, eine Präsumption für den bösen Glauben des Schuldners und des Begünstigten aufgestellt. Dieses Verhältnis zwischen Art. 288 und 287, wonach letzterer lediglich eine Anwendung des erstern ist (vgl. auch Schlatter, Schuldb. u. Konkurs pag. 115), ergiebt sich nicht nur aus dem Sinn und Geist des Abschnittes über Anfechtungsklage und des Schuldbetreibungsgesetzes überhaupt, welches überall eine gleichmässige Befriedigung der Gläubiger bezweckt, sondern auch aus der Geschichte des Gesetzes, indem der jetzige Art. 288 im bundesrätlichen Entwurfe vom 23. Febr. 1886 als Art. 42 derjenigen Bestimmung, welche dem jetzigen Art. 287 entspricht, voranging. (S. Bundesblatt 1886 Bd. II S. 91.)

4. Nach dem Gesagten ist die Pfandverschreibung als ungültig zu erklären, wenn die mala fides des Schuldners und deren Erkennbarkeit für die Rekursgegner als nachgewiesen betrachtet werden kann, und dies ist i. c. zu bejahen.

(Schweizer Blätter f. handelsr. Entsch. XIII [1894] S. 36.)

---

## A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

65. *Rechtsmittel der Berufung ans Bundesgericht in Civilstreitigkeiten. Art. 67 B.-Ges. betr. Organisation der Bundesrechtspflege. Ist in Rechtsstreitigkeiten, bei welchen der Wert des Streitgegenstandes den Betrag von Fr. 4000 nicht erreicht, die Einreichung einer die Berufung begründenden Rechtsschrift zur wirksamen Einlegung des Rechtsmittels erforderlich?*

Legt der Berufungskläger in Civilstreitigkeiten, deren Streitgegenstand den Betrag von Fr. 4000 nicht erreicht, der Berufungserklärung eine die Berufung begründende Rechtsschrift nicht bei, so ist die Berufung nicht in der gesetzlichen Form eingelegt und daher als unzulässig zurückzuweisen. (Entsch. der II. Abthlg. v. 1. März 1894 i. S. Roulet c. Lindenmeyer u. der I. Abthlg. v. 25. Mai 1894 i. S. Audemars Piguet & Cie c. Mathey.)

---

66. *Art. 67 B.-Ges. betr. Organis. der Bundesrechtspflege. Ist zur wirksamen Einlegung des Rechtsmittels die Angabe der Anträge in der Berufungserklärung erforderlich?*

Wenn in der schriftlichen Berufungserklärung nicht angegeben ist, inwieweit das Urteil angefochten werde und welche Abänderungen beantragt werden, so ist das Rechtsmittel nicht in der gesetzlichen Form eingelegt und die Berufungserklärung wirkungslos. (Entsch. d. B.-Ger. v. 15. Juni 1894 i. S. Eisele c. Porchat und i. S. Mathys c. Gygax.)

---

67. *Art. 89 B. Ges. betr. Organisation der Bundesrechtspflege. Gegen welche Entscheide ist das Rechtsmittel der Kassation in Civilsachen zulässig?*

Gleichwie das Rechtsmittel der Berufung, ist auch dasjenige der Kassation nur gegen kantonale Hauptturteile

zulässig, wie in dem französischen Texte des Art. 89 ausdrücklich gesagt ist und sich auch aus der Vergleichung des Art. 89 mit Art. 56 ibidem, sowie aus dem Zwecke des Rechtsmittels, die Anwendung des eidg. Privatrechts zu sichern, ohne Weiteres ergiebt. Dasselbe ist daher gegen Rechtsöffnungsentscheide (Art. 80 ff. B.-Ges. betr. Schuldbetr. u. Konkurs), durch welche lediglich über die Zulässigkeit der Schuldbetreibung erkannt worden ist, nicht statthaft. (Entsch. v. 28. April 1894 i. S. Schneider c. Maurer.)

---

68. *Art. 95 B.-Ges. betr. Organis. d. B.-Rechtspflege. Voraussetzungen der Revision eines vom Bundesgericht als Berufungsinstanz in Civilsachen ausgefällten Entscheides.*

Die Revision eines vom Bundesgericht als Berufungsinstanz in Civilsachen erlassenen Urteils, mit Inbegriff der Entscheide betreffend Zulässigkeit der Berufung, ist nur unter den in Art. 192 des B.-Ges. betr. das Verfahren vor dem B.-Gericht in Civilstreitigkeiten aufgestellten Voraussetzungen zulässig. Das Vorhandensein derselben muss also im Revisionsgesuch behauptet und dargethan werden. (Entsch. v. 28. April 1894 i. S. Redard frères c. Schuler & Cie.)

---

69. *Art. 193 B.-Ges. betr. das Verfahren vor dem Bundesgericht in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. Beginn der Frist zur Einreichung von Revisionsgesuchen.*

Die in der citierten Gesetzesbestimmung zur Einreichung von Revisionsgesuchen angesetzte Frist beginnt mit der Zustellung der schriftlichen Ausfertigung des Urteils. Vor diesem Zeitpunkt eingereichte Revisionsgesuche sind als verfrüht zurückzuweisen. (Entsch. v. 31. März 1894 i. S. Redard frères.)

---

70. *Oertliche Anwendung des Rechts. Inwiefern ist das Recht des Erfüllungsortes auf einen Kaufvertrag anzuwenden?*

Das Bundesgericht hat in konstanter Praxis für die örtliche Anwendung des Rechtes als Prinzip anerkannt, dass, insoweit es die der Regelung durch den Parteiwillen anheimgegebenen Wirkungen eines obligatorischen Rechtsgeschäftes anbelangt, dieselben nach demjenigen örtlichen Rechte zu beurteilen sind, welches die Parteien beim Geschäftsabschluss als hiefür massgebend entweder wirklich betrachteten oder dessen Anwendung sie doch vernünftiger und billiger Weise

erwarten konnten und mussten. Darnach sind die auf die Erfüllung bezüglichen Rechtsfragen nach dem Rechte des Erfüllungsortes zu beurteilen. Da nun hier der Verkäufer in England zu liefern hatte, so ist nach englischem Rechte zu entscheiden, ob die Lieferung und die Empfangnahme rechtzeitig geschehen sei und welche Folgen die Nichteinhaltung dieser vertraglichen Verpflichtungen nach sich gezogen habe. Unhaltbar erscheint die vom Beklagten verfochtene Ansicht, die Bemessung des Schadenersatzes habe durch den am Wohnort des Beklagten angerufenen Richter nach seinem heimatlichen Rechte zu geschehen; denn die Festsetzung des Schadens besteht eben, abgesehen von rein thatsächlichen Faktoren, in der Anwendung der für die Verzugsfolgen massgebenden Rechtssätze, und als solche gelten diejenigen des Erfüllungsortes. (Urteil v. 2. Febr. 1894 i. S. Sommer c. Jaeger.)

---

71. *Art. 17 O. R. Ist das Abhalten von Bietlustigen bei Versteigerungen durch Abstandsgeld (pactum de non licitando) unsittlich und daher ein solcher Vertrag ungültig?*

Die Frage der Gültigkeit des pactum de non licitando, d. h. des Uebereinkommens, wodurch Einer vom Andern sich versprechen lässt, an einer Steigerung nicht Teil zu nehmen, um dadurch bei derselben günstiger kaufen zu können, ist in der Doctrin bestritten. Wenn nun auch der Ansicht, dass das pactum de non licitando unter allen Umständen eine Widerrechtlichkeit enthalte, nicht beigepflichtet werden kann, so ist dasselbe doch dann als ungültig zu betrachten, wenn die besondere Beschaffenheit des einzelnen Falles, sein Anlass, Inhalt und Zweck den Vertrag zu einem unsittlichen stempelt (s. Seuffert's Archiv, Bd. 43, Nr. 102), und dies trifft im vorliegenden Falle ohne Frage zu.

Das Mündelgut war auf öffentliche Steigerung gebracht worden und das Waisenamt hatte sich Zu- oder Absage noch vorbehalten. In dieser Situation liess sich Kläger, ein Anverwandter des Mündels, nachdem er dem Vormund seinen Wunsch, das Steigerungsobjekt zu erwerben, kund gegeben hatte, 4000 Fr. versprechen gegen den Rücktritt von seiner Bewerbung. Dem Beklagten sollte dadurch die Möglichkeit eröffnet werden, die Liegenschaft bedeutend billiger zu erwerben. Die Chance, die für den Minderjährigen in der Wettbewerbung des Klägers lag, wurde jenem dadurch entzogen, dafür kam ein Teil der Leistung, den der Beklagte

für die Erwerbung des Hofes aufzuwenden gewillt war, nicht dem Mündel, sondern dem Kläger zu. Dieses Resultat verletzt das Rechtsgefühl und der darauf abzielende Vertrag ist mit den Grundsätzen der bei Rechtsgeschäften zu wahrenden guten Sitte nicht vereinbar.

Durch das kantonale Vormundschaftsgesetz ist als Regel vorgeschrieben, dass der Verkauf von Mündelgut auf dem Wege der öffentlichen Versteigerung geschehen müsse. Diese Vorschrift ist öffentlich-rechtlicher Natur und ihr Hauptzweck besteht augenscheinlich darin, für das Verkaufsobjekt einen möglichst ausgedehnten Wettbewerb, und damit einen möglichst günstigen Preis zu erzielen. Da nun die Abmachung der Litiganten bezweckt, diesen Wettbewerb zu schmälern, widerspricht sie dem Willen des Gesetzes; sie enthält eine Verletzung öffentlich-rechtlicher Bestimmungen und kann daher auch aus diesem Grunde nicht zu Recht bestehen. (Entsch. v. 30. März 1894 i. S. Thoma c. Joehl.)

---

72. *Art. 24 O. R. Begriff der betrügerischen Handlung.*

Eine betrügerische Handlungsweise kann nicht nur in der Vorspiegelung unwahrer Thatsachen, sondern kann auch in der Unterdrückung solcher Thatsachen liegen, von welchen der Betreffende weiss oder doch ehrlicher Weise annehmen muss, dass sie dem Andern nicht bekannt seien, deren Kenntniss aber auf seine Entschliessung von Einfluss wäre. (Entsch. v. 28. April 1894 i. S. Rufli & Tschopp c. Spielmann.)

---

73. *Art. 25 und 444 f. O. R. 1) Betrug eines Dritten. 2) Wirkung des Selbsteintritts des Kommissionärs als Eigenhändler auf den Kommissionsvertrag.*

1) Nach Art. 25 cit. ist die Geltendmachung einer durch Betrug eines Dritten veranlassten Verpflichtung nicht widerrechtlich, sofern nicht vorliegt, dass der Ansprecher selbst wissentlich sich den durch Betrug erzeugten Irrtum des andern Kontrahenten beim Vertragsschluss zu Nutzen gemacht habe.

2) Der Kommissionsvertrag ist mit dem Eintritt des Kommissionärs als Selbstkontrahenten erfüllt. Von diesem Moment an hat der letztere keine Verpflichtung mehr, auf die weitere Abwicklung des Geschäfts bezügliche Anweisungen des Kommittenten ohne weiters zu befolgen. (Entsch. v. 30. März 1894 i. S. Credito ticinese c. Basler Depositenbank.)

---

74. *Art. 50 und 349 O. R. Inwiefern kann ein kantonaler Beamter wegen seiner Entlassung eine Schadenersatzklage nach Art. 50 O. R. erheben?*

Haben die kantonalen Gerichte entschieden, dass ein kantonaler Beamter (Lehrer) aus gesetzlichem Grund seiner Stelle enthoben worden sei, so mangelt einer Klage aus Art. 50 O. R. das rechtliche Fundament. Die Nachprüfung jenes Entscheids durch das Bundesgericht ist unstatthaft, da für dieselbe lediglich kantonales Recht massgebend ist, Art. 349 O. R. (Entsch. vom 30. März 1894 i. S. Lugrin c. Luins.)

---

75. *Art. 50 O. R. Haftung der Eisenbahnen für den durch Funkenwurf an benachbarten Waldungen entstandenen Schaden. Setzt dieselbe ein Verschulden voraus? Diligenzpflicht der Eisenbahngesellschaften.*[1])

Die Gemeinde B. belangte die Nordostbahn auf Ersatz des ihr durch den Brand eines in der Nähe der Eisenbahnlinie Bülach-Zürich liegenden Waldes entstandenen Schadens, von der Annahme ausgehend, der Waldbrand sei durch die Bahn verursacht worden.

In rechtlicher Beziehung wurde die Klage auf Art. 16 Ziffer 2 des Eisenbahngesetzes vom 23. Christmonat 1872 gestützt. Auf Art. 50 O. R. berief sich Klägerin nicht, da sie nicht wisse, welche Handlungen des Maschinenpersonals als unerlaubt zu taxieren seien.

Die Klage wurde abgewiesen. Der Begründung des bundesgerichtlichen Urteils entnehmen wir folgendes:

Gemäss allgemeinem Rechtsgrundsatz ist zur Entstehung der Schadenersatzpflicht nicht bloss ein objektiver Eingriff in fremdes Recht, sondern im weitern noch das subjektive Moment des Verschuldens notwendig. Allerdings wird dieser Grundsatz auf einzelnen Rechtsgebieten mehrfach durchbrochen und die civilrechtliche Verantwortlichkeit schon an die objektive Thatsache der Schädigung geknüpft. Diese Folge gilt aber nur da, wo sie gesetzlich ausgesprochen ist. Es fragt sich also, ob eine eidgenössische Gesetzesbestimmung bestehe, die abweichend von dem im eidgenössischen Obligationenrecht ausgesprochenen Grundsatz über die Haftung für widerrechtliche Schadenzufügung die Eisenbahnen schlechthin für Sachbeschädigungen, die bei ihrem Betriebe vorkom-

---

1) Vgl. Unger, Handeln auf eigene Gefahr, 2. Aufl. S. 9 f.

men, verantwortlich mache. Art. 16 Abs. 1 des B.-G. über den Bau und Betrieb der Eisenbahnen vom 23. Dezember 1872 bezieht sich, wie aus seinem Wortlaut hervorgeht, nicht auf den Betrieb, sondern nur auf den Bau der Eisenbahnen. In Absatz 2, wo gesagt ist, die Eisenbahngesellschaft habe überhaupt alle diejenigen Vorkehrungen auf ihre Kosten zu treffen, „welche jetzt oder künftig zur öffentlichen Sicherheit nötig befunden werden,“ wird zwar ihre Diligenzpflicht näher bestimmt, nicht aber etwa der Satz ausgesprochen, dass sie wegen der Gefährlichkeit des Betriebes über ein Verschulden hinaus zu haften habe. Art. 8 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes spricht nun freilich eine Haftung nicht nur für Verletzung von Personen, sondern in gewissem Umfange auch für Beschädigung an Sachen aus, ohne dabei den Nachweis eines Verschuldens zu fordern, aber diese erweiterte Haftbarkeit besteht nur insoweit, als bei Gelegenheit der Tötung oder Körperverletzung eines Menschen, für welche die Transportanstalt nach diesem Gesetze verantwortlich ist, und im Zusammenhang mit dem betreffenden Unfall Sachen beschädigt oder abhanden gekommen sind, die der Getötete oder Verletzte unter seiner eigenen Obhut mit sich führte. Ausserdem haftet die Eisenbahngesellschaft nach Absatz 2 dieses Artikels für Zerstörung und Beschädigung von Sachen Dritter nur beim Nachweis eines Verschuldens.

Ein Verschulden der Bahngesellschaft kann nun aber nicht bloss in der Anwendung ungeeigneten Materials, in unzeitiger oder übermässiger Heizung und ähnlichen Betriebshandlungen gefunden werden.

Vielmehr ist zu bemerken: Der Betrieb einer Eisenbahn mit Lokomotiven ist erfahrungsgemäss, auch wenn bei demselben alle erforderliche Sorgfalt aufgewendet wird, ein für das nachbarliche Eigentum, insbesondere gerade wegen des Funkenwurfs, gefährlicher. Die Bahngesellschaften sind daher verpflichtet, nicht nur beim Betriebe, sondern schon bei der Anlage der Bahn hierauf Rücksicht zu nehmen. Lässt sich beim Bau der Bahn bei Anwendung der erforderlichen Aufmerksamkeit voraussehen, dass der, auch ordnungsmässige, Betrieb bei Ereignissen, welche im ordentlichen Laufe der Dinge zeitweise einzutreten pflegen, wie heftiger Sturmwind u. dgl., der Anlage der Bahn nach leicht zu Zerstörung nachbarlichen Eigentums zufolge Funkenwurfs führen könne, so ist die Bahn verpflichtet, alle Massnahmen zu treffen, welche geeignet sind, die Nachbarn gegen solche Schädigungen wirksam zu sichern; sie hat an den gefährdeten Stellen Land zur

Anlage sog. Schutzstreifen in der gehörigen Ausdehnung zu erwerben, oder besondere Feuerwachen aufzustellen u. dgl. Unterlässt sie dies, sei es aus Mangel an Voraussicht, sei es aus Ersparungsrücksichten, so verfährt sie schuldhaft und die Unterlassung geht auf ihre Gefahr. Allein im vorliegenden Falle kann nun auf einen derartigen Mangel in der Bahnanlage nicht abgestellt werden, da die Klägerin gar keine dahinzielenden Behauptungen aufgestellt, im Gegenteil ganz ausdrücklich erklärt hat, dass von einem Verschulden der Beklagten nicht die Rede sein könne. (Entsch. v. 16. Febr. 1894 i. S. Bülach c. N.-O.-Bahn.)

---

76. *Art. 52 und 54 O. R. Umfang des Schadenersatzes bei Tötung. Unter welchen Umständen ist ausser dem Schaden noch eine Geldsumme zuzusprechen?*

Die volljährigen Kinder erster Ehe des auf Anstiften seiner zweiten Ehefrau, der Beklagten, ermordeten Th. B. belangten letztere auf Bezahlung von Fr. 20,000, gestützt auf Art. 50 ff., namentlich Art. 54 O. R. Die Beklagte, welche ebenfalls zwei Male verehelicht war, besass ein von ihrem ersten Ehemanne herrührendes Vermögen von Fr. 7600, das, wie das kantonale Gericht feststellte, zur Erziehung der unmündigen Kinder erster Ehe dient. Die Klage wurde abgewiesen. Der Begründung des bundesgerichtlichen Urteils entheben wir folgendes:

Wie das römische Recht und die gemeinrechtliche Praxis (vrgl. Entsch. des Reichsger. III S. 320), so gewährt auch das schweiz. O. R. bei Tötung eines Menschen keineswegs den vollen Ersatz des Interesses, den dritte Personen am Fortleben der getöteten Person gehabt haben. Für die Fälle der Tötung und Körperverletzung ist nicht etwa die allgemeine Bestimmung des Art. 50, sondern es sind die speziellen Vorschriften der Art. 52 bis 54 O. R. ausschliesslich massgebend. In diesen Artikeln wird das Recht des Schadenersatzes bei Tötung und Körperverletzung erschöpfend geregelt. Art. 52, welcher speziell die Schadenersatzpflicht im Falle der Tötung regelt, erkennt die zerstörte Hoffnung auf eine Erbschaft nicht als ersatzfähiges Interesse an. Der ökonomische Schaden dritter Personen wird darin vielmehr nur in soweit berücksichtigt, als dieselben durch die Tötung ihren Versorger verloren haben, d. h. als ersatzfähiges Interesse wird bloss dasjenige anerkannt, welches an der Unter-

stützung bezw. Versorgung durch die betr. Person besteht. Dagegen kann die vereitelte Möglichkeit, eine Erbschaft zu erlangen, auf Grund von Art. 54 Beachtung finden bei Prüfung der Frage, ob es sich unter Würdigung der besondern Umstände des Falles rechtfertige, den Angehörigen des Getöteten, abgesehen vom Ersatz erweislichen Schadens, eine angemessene Geldsumme zuzusprechen.

Der Gesetzgeber hat darauf verzichtet, die Voraussetzungen, unter welchen die Zusprechung einer angemessenen Geldsumme, abgesehen vom Ersatz erweislichen Schadens, zu geschehen habe, zum Voraus festzusetzen; er überlässt es dem freien Ermessen des Richters, nach Prüfung der besondern Umstände des Falles darüber zu bestimmen. Die Erwähnung der Arglist und groben Fahrlässigkeit, bei welcher der Richter namentlich eine angemessene Geldsumme zusprechen kann, hat denn auch nur die Bedeutung einer Wegleitung und will weder sagen, dass nur in diesen Fällen von der Befugnis des Art. 54 Gebrauch gemacht werden dürfe, noch dass es in diesen Fällen immer geschehen müsse; auch da kann vielmehr davon Umgang genommen werden, wenn in Würdigung der besondern Umstände eine Ausnahme von der Regel als angezeigt erscheint. Dies trifft im vorliegenden Falle zu.

Es kommt nun aber in Betracht: Die Mörderin hat die schwere gesetzliche Strafe getroffen; sie büsst für ihre grauenvolle That durch lebenslängliche Zuchthausstrafe. In dieser Strafe liegt die Sühne der That. Das geringfügige (wesentlich von der Familie des verstorbenen Ehemanns der Beklagten herrührende) Vermögen der Mörderin dient thatsächlich nicht mehr ihr und ihren Bedürfnissen, sondern dem Unterhalte und der Erziehung ihrer hülfsbedürftigen Kinder, der Stiefgeschwister der Kläger. Unter solchen Umständen kann die Zuerkennung einer Geldsumme aus diesem Vermögen als ein angemessenes Aequivalent für den seelischen Schmerz, welchen die Mordthat den Klägern verursachte, nicht bezeichnet werden. Eine, nicht einem materiellen Schaden entsprechende Geldsumme unter diesen Umständen im Bewusstsein der Verhältnisse zu empfangen, scheint dem Empfänger normalerweise irgendwelche seelische Genugthuung nicht gewähren zu können und ist daher nicht zuzusprechen. (Entsch. v. 9. März 1894 i. S. Bromberger c. Bromberger.)

---

77. *Art. 55 O. R. Rechtliche Natur der „angemessenen Geldsumme.“*

Die angemessene Geldsumme, welche der Richter nach Art. 55 O. R. erkennen kann, hat nicht etwa die Funktion einer Privatbusse, sondern sie soll grundsätzlich Ersatz eines materiellen oder immateriellen Schadens gewähren, welcher Ersatz eben nur dann einzutreten hat, wenn der Schaden, d. h. die Verletzung der persönlichen Verhältnisse, ernstlicher Natur war. (Entsch. v. 6. April 1894 i. S. Farner & Cie c. Wyss.)

---

78. *Art. 72 und 209 O. R. 1) Massgabe des kantonalen Rechts für den Charakter einer Urkunde als Waarenpapier. 2) Rückforderungsklage des Verwahrers, welcher irrtümlich ein Waarenpapier an einen Unberechtigten herausgegeben hat.*

Sch. hatte die Beklagte angewiesen, die Lagerscheine von auf seinen Namen eingehendem Kaffee auf die Klägerin auszustellen und ihr zu behändigen. Später schrieb jedoch Sch. an die Lagerhausverwaltung, dass sie über allfällig für ihn eingehenden Kaffee seine besonderen Verfügungen abwarten solle. Einige Zeit nachher stellte jedoch Beklagte noch für 15 Säcke einen Lagerschein irrtümlich, der alten Uebung gemäss, auf den Namen der Klägerin aus und händigte ihr denselben aus. Auf den Irrtum aufmerksam geworden, verlangte die Lagerhausverwaltung von der Klägerin sofort die Rückgabe des Lagerscheins; diese weigerte sich jedoch, diesem Begehren nachzukommen, und belangte sodann die Beklagte, nachdem diese die Waaren einem B. ausgeliefert hatte, auf Herausgabe resp. Bezahlung deren Wertes. Die Klage wurde abgewiesen. Gründe: 1. Inwiefern Lagerscheine und ähnliche Papiere bestimmt und geeignet sind, die darin bezeichneten Waaren zu vertreten, ist bundesgesetzlich nicht normiert, und daher nach dem am Orte der Ausstellung geltenden kantonalen Recht zu beurteilen. Hat das kantonale Gericht festgestellt, dass die Uebergabe des Lagerscheins die rechtliche Verpflichtung in sich schloss, die darin bezeichnete Waare für den Empfänger aufzubewahren und gegen Rückgabe desselben herauszugeben, so ist dies für das Bundesgericht bindend.

2. Dass der zwischen der Beklagten und der Klägerin durch Hingabe des Lagerscheins abgeschlossene Vertrag wegen wesentlichen Irrtums für die erstere unverbindlich sei, muss mit der Vorinstanz verneint werden. Ein wesentlicher Irr-

tum ist nicht dargethan worden; die in Art. 19 O. R. hervorgehobenen Momente eines solchen sind augenscheinlich nicht vorhanden. Die Beklagte wollte nicht etwa einen andern Vertrag eingehen als denjenigen, für welchen sie ihre Zustimmung erteilt hat; ihr Wille war auch nicht auf eine andere Sache gerichtet, als der Wille der Klägerin. Von irrig vorausgesetzten erheblichen Eigenschaften oder von einem Irrtum über den Umfang von Leistung und Gegenleistung kann von vornherein nicht gesprochen werden. Der Wille der Beklagten war in der That darauf gerichtet, der vermeintlichen Anweisung gemäss die Waare zur Verfügung der Klägerin zu stellen, bezw. an sie auszuliefern. Ihr Irrtum bestand darin, dass sie sich hiezu von Sch. beauftragt glaubte; er betraf also das Motiv des mit der Klägerin abgeschlossenen Rechtsgeschäfts und kann daher dessen Verbindlichkeit gemäss Art. 21 O. R. nicht hindern.

Dagegen folgt allerdings aus diesem, von der Vorinstanz festgestellten Irrtum, dass die Klägerin durch den Vertragsschluss eine Zuwendung ohne jeden rechtmässigen Grund erhalten hat. Die vorausgesetzte causa dieses Rechtsgeschäfts, ein auf Uebergabe des Lagerscheins und der Waare an die Klägerin gerichteter Auftrag des Eigentümers Sch. fehlte. Die Erfüllung desselben würde hienach eine ungerechtfertigte Bereicherung der Klägerin herbeiführen und kann daher von der letztern nicht verlangt werden. Allerdings hat die Beklagte nicht etwa widerklagsweise die Bereicherungsklage auf Rückgabe des Lagerscheins gestellt; allein dies hindert nicht, die Art. 70 u. ff. hier dennoch zur Anwendung zu bringen; denn der Rechtssatz, welcher bei vollzogener Leistung einer Nichtschuld zur Rückerstattung des ohne Grund Erlangten verpflichtet, steht auch bereits der Geltendmachung eines Versprechens entgegen, durch dessen Erfüllung die Rückerstattungspflicht begründet würde.

Die Beklagte ist auch legitimiert, die Bereicherungsklage, bezw. die an deren Stelle tretende exceptio doli zu erheben. Richtig ist zwar, dass der Gegenstand der condictio hier nicht im Eigentum der Beklagten, sondern des Sch. sich befand; allein mit Unrecht deduziert die Klägerin hieraus, dass einzig Sch. berechtigt gewesen wäre, Rückerstattung zu verlangen. Durch den mit Sch. abgeschlossenen Hinterlegungsvertrag war die Beklagte verpflichtet, die hinterlegte Waare ihm oder dem von ihm bezeichneten Destinatär herauszugeben; durch die Herausgabe an die Klägerin würde der Beklagten die Erfüllung dieser Verbindlichkeit verunmöglicht, und sie hätte,

da sie diese Unmöglichkeit durch ihren Irrtum selbst verschuldet, für die Nichterfüllung Schadenersatz zu leisten. Thatsächlich entspräche also die bei der Klägerin eintretende Bereicherung einer Vermögensminderung der Beklagten. Nun geht Doktrin und Praxis übereinstimmend dahin, dass die condictio indebiti als Bereicherungsklage demjenigen zusteht, auf dessen Kosten das Vermögen des Empfängers bereichert worden ist (vgl. Schlossmann, die condictio indebiti, in Grünhuts Zeitschrift Bd. 9 S. 555, und Seufferts Archiv N. F. Bd. 5 Nr. 238). (Entsch. v. 9. März 1894 i. S. Eidg. Bank c. Centralbahn.)

---

79. *Art. 128 O. R. Inwiefern ist ein Lebensversicherungs- oder Unfallversicherungsvertrag ein Vertrag zu Gunsten Dritter?*

Nicht jeder Lebensversicherungsvertrag und auch die Unfallversicherungen, soweit sie sich auf den Todesfall beziehen, zielen auf die Begünstigung Dritter hin, derart dass die Bezugsberechtigten den Versicherungsbetrag in keinem Falle als Rechtsnachfolger einer andern Person, sondern immer jure proprio erhalten. Diese Meinung ist allerdings in Doktrin und Praxis vertreten, allein sie erscheint nicht als richtig. Der Lebens- oder Unfallversicherungsvertrag auf den Todesfall ist nicht als solcher, seiner Natur nach ein Vertrag zu Gunsten Dritter. Freilich verfolgt beim Abschluss derartiger Verträge der Versicherungsnehmer häufig, wenn auch durchaus nicht immer, den Zweck, für die Zeit nach seinem Tode Dritten, insbesondere seinen Familienangehörigen ein Kapital zu sichern. Allein entscheidend dafür, ob rechtlich ein Vertrag zu Gunsten Dritter vorliegt, ist dies nicht, sondern kann doch nur sein, ob die Parteien vertraglich Leistung an einen Dritten wirklich vereinbart haben (Art. 128 O. R.). Ist dies nicht geschehen, ist vertraglich ein dritter Begünstigter nicht bezeichnet, so liegt eben ein Vertrag zu Gunsten Dritter nicht vor und wird aus dem Versicherungsvertrage lediglich der Versicherungsnehmer der Versicherungsgesellschaft gegenüber berechtigt. Wenn hiegegen angeführt wird, das Recht auf die Versicherungssumme gelange erst mit dem Tode des Versicherten zur Entstehung, so ist dies nicht richtig. Das Recht auf den Bezug der Versicherungssumme wird allerdings erst mit dem Tode des Versicherten fällig; allein der Umstand, dass es erst mit dem Tode des Versicherungsnehmers fällig wird, steht selbstverständlich nicht entgegen, dass es zum Vermögen desselben gehört. Denn zum Ver-

mögen einer Person können zweifellos auch Rechte gehören, welche erst mit oder nach dem Tode derselben fällig werden. Das Vermögen fällt ja mit dem Tode des Berechtigten nicht in seine einzelnen Bestandteile auseinander, sondern geht als Ganzes auf die Erben über, welche die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers fortsetzen. Demnach geht denn auch das Recht auf die Versicherungssumme, sofern nicht vertraglich ein dritter Begünstigter bezeichnet ist und auch der Versicherungsnehmer nicht anderweitig gültig über dasselbe verfügt hat, mit dem Tode des Versicherten auf dessen Erben als solche, als Repräsentanten seiner vermögensrechtlichen Persönlichkeit, und nicht als Dritte, aus eigener Person Berechtigte über. Ist dagegen im Versicherungsvertrage ein dritter Begünstigter bezeichnet, so erwirbt dieser allerdings mit dem Tode des Versicherungsnehmers ein unmittelbar auf den zu seinen Gunsten abgeschlossenen Vertrag sich stützendes eigenes, nicht vom Versicherungsnehmer abgeleitetes Recht auf die Versicherungssumme (s. Entsch. d. R. G. Bd. 16 S. 126; Goldschmidt in s. Zeitschrift Bd. 35 S. 287 u. ff.; A. S. d. b.-g. Entsch. Bd. 19 S. 289 Erw. 3).

Im allgemeinen ist festzuhalten, dass ein Versicherungsvertrag, der zu Gunsten der „Kinder" oder der „Frau und Kinder" und dgl. lautet, eine hinlänglich deutliche Bezeichnung der Begünstigten enthält (vgl. Lewis, Lehrbuch des Versicherungsrechts). Sodann ist zu bemerken: In concreto bestimmt § 11 der allgemeinen Bedingungen der Police, dass die Versicherungssumme in Ermangelung einer in der Police speziell als bezugsberechtigt eingesetzten Person an die Witwe, die Kinder, die Eltern oder die Geschwister des Getöteten bezahlt werden solle. Im Versicherungsantrage sodann hatte der Versicherungsnehmer auf die Frage: Wer soll im Todesfall durch Unfall die Versicherungssumme erheben? geantwortet: die testamentarischen Erben im Sinne von § 11 der Bedingungen. Völlig unzweideutig sind nun allerdings diese Erklärungen nicht. Allein aus § 11 der allgemeinen Bedingungen ergiebt sich doch, dass grundsätzlich die Versicherungssumme nicht den Erben als solchen bezw. dem Nachlasse des Versicherten, sondern in bestimmter Folgeordnung gewissen nähern Verwandten ohne Rücksicht auf ihre Erbenqualität zukommen soll. Hätte durch § 11 der Police ersteres ausgedrückt werden wollen, so wäre gewiss einfach gesagt worden, es sei die Versicherungssumme an die Erben oder an den Nachlass zu zahlen. Wenn sodann der Versicherungsnehmer in seinem Versicherungsantrage

als bezugsberechtigt „die testamentarischen Erben im Sinne von § 11 der allgemeinen Bedingungen“ nennt, so ist dies dahin auszulegen, dass von den verschiedenen in § 11 der allgemeinen Bedingungen aufgezählten Verwandten speziell diejenigen als Begünstigte vertraglich bezeichnet sein sollen, welche der Versicherungsnehmer in seinem Testamente genannt hat, d. h. die Kinder. Diese Erklärung kann nicht dahin verstanden werden, dass die testamentarischen Erben als solche die Versicherungssumme erhalten sollen. Sie will dem in § 11 der Versicherungsbedingungen ausgedrückten Gedanken, dass nicht die Erben als solche, sondern gewisse nähere Verwandte die Versicherungssumme erhalten sollen, nicht derogieren; dies zeigt schon der Umstand, dass sie auf § 11 ausdrücklich Bezug nimmt. Sie will vielmehr die Bestimmung des § 11 blos in sofern ergänzen und präzisieren, als sie zwischen den verschiedenen dort genannten Verwandten die Wahl trifft, bestimmt, dass von denselben speziell die Kinder die Bezugsberechtigten sein sollen. Diese erscheinen also als die durch den Versicherungsvertrag selbst Begünstigten. Denn es kann gewiss keinem Zweifel unterliegen, dass die Policebestimmungen aus dem Versicherungs a n trage, auf Grund dessen ja der Versicherungsvertrag abgeschlossen wurde, erläutert oder ergänzt werden dürfen.

Dagegen muss rücksichtlich der Police der Unfallversicherungsgesellschaft Z. die gegenteilige Entscheidung Platz greifen. Denn als bezugsberechtigt werden hier nicht gewisse Verwandte des Versicherungsnehmers oder sonstige dritte Personen, sondern einfach dessen „legitimierte Rechtsnachfolger“ genannt. Der Versicherungsvertrag ist also nicht zu Gunsten eines oder mehrerer individuell oder sonst unzweideutig bezeichneter Dritter, sondern einfach für den Versicherten selbst resp. dessen Vermögen abgeschlossen. Rechte auf den Bezug der Versicherungssumme können danach hier nur als vom Versicherungsnehmer abgeleitete, nicht als eigene, unmittelbar aus dem Vertrage entsprungene Rechte Dritter bestehen. Wenn die gegenteilige Entscheidung aus dem gewöhnlichen, auf Fürsorge für Dritte gerichteten wirtschaftlichen Zweck von Versicherungsverträgen der in Rede stehenden Art abgeleitet werden will, so erscheint dies als unzulässig. Darüber, ob ein Vertrag zu Gunsten Dritter abgeschlossen ist, entscheidet einzig der Vertragsinhalt. Wirkliche oder blos vermutete Absichten der einen oder andern Partei dagegen, welche zu einer vertraglichen Vereinbarung, dass an Dritte gezahlt werden solle, nicht geführt haben,

sind unerheblich. Rechtliche Wirkung kann nicht solchen, mehr oder weniger wahrscheinlichen Absichten der einen Partei, sondern nur der wirklich getroffenen vertraglichen Vereinbarung beider Parteien beigemessen werden. Entscheidend ist nicht, was der Versicherte für sich gedacht oder beabsichtigt haben mag, sondern was er sich vom Versicherer vertraglich hat versprechen lassen. Danach kann aber hier von einem Vertrage zu Gunsten Dritter nicht die Rede sein, denn irgendwelche Anhaltspunkte dafür (Erklärungen im Versicherungsantrage u. s. w.), dass hier etwa nach dem Vertragswillen beider Parteien die, an sich völlig unzweideutigen Worte „gehörig legitimierte Rechtsnachfolger" nur ein unzutreffender Ausdruck für Familienangehörige, Kinder und dgl. seien, sind nicht beigebracht worden. Auf diese Versicherungssumme besitzen also die Kinder C., nachdem sie infolge Ausschlagung der Erbschaft nicht Rechtsnachfolger ihres Vaters geworden sind, keinen Anspruch. (Entsch. v. 19. Januar 1894 i. S. Kinder Konradin c. Konkursmasse Konradin.)

---

80. *Art. 199 ff. 210 ff. Bewegliche und unbewegliche Sache?*

Ob eine Sache (in casu eine Barake) als bewegliche oder als unbewegliche Sache aufzufassen sei, hat das Bundesgericht frei zu entscheiden, und ist nicht etwa an die Distinktionen kantonaler Gesetze oder an die Auffassung der kantonalen Instanzen gebunden. Da die Normierung dinglicher Rechte an Mobilien dem eidgenössischen Rechte angehört, so ist auch kraft eidgenössischen Rechtes der Umfang dieses Rechtsgebietes festzustellen; m. a. W. es ist die Frage, ob eine Sache mit Bezug auf die damit verbundenen dinglichen Rechte als bewegliche dem eidgenössischen, oder als unbewegliche dem kantonalen Recht angehöre, nach eidgenössischem Rechte zu entscheiden (S. A. S. d. b.-g. Entsch. X S. 261)[1]). Eine Begriffsbestimmung der beweglichen Sache enthält freilich das eidg. O. R. nicht, allein daraus folgt nicht etwa, dass die Unterscheidungen des kantonalen Rechts massgebend sein sollen, sondern dass dieser Begriff, so wie er durch Doktrin und Praxis festgestellt erscheint, der Entscheidung zu Grunde zu legen ist. Hiernach liegt eine bewegliche Sache jedenfalls dann nicht vor, wenn dieselbe dauerhaft und solid mit dem Grund und Boden verbunden ist

---

[1]) Revue II Nr. 63.

und eine Transportation an einen andern Ort durchaus ausschliesst; indem gehörige Fundamente erstellt sind, ein Keller hergerichtet ist, Wohnräume hergestellt sind u. s. w. (Entsch. v. 24. Februar 1894 i. S. Endemann c. Depaoli.)

---

81. *Art. 329 O. R. Beweislast, wenn der Beklagte gegenüber der Klage auf Rückzahlung eines angeblichen Darlehens Schenkung der betreffenden Summe behauptet.*

Wer auf Rückerstattung einer Summe Geldes klagt unter der Behauptung, dieselbe sei dem Beklagten früher als Darlehen gegeben worden, hat, wenn der Beklagte die Rückzahlung unter der Behauptung verweigert, das Geld sei ihm geschenkt worden, den Beweis für die darlehensweise Hingabe zu leisten. (Entsch. v. 21. April 1894 i. S. Schenk c. Weber.)

---

82. *Art. 338, 350 und 110 ff. O. R. Dienstmiethe oder Werkvertrag? Diligenzpflicht des Architekten.*

Da F. nicht die Fertigstellung des Baues übernommen, sondern seine Aufgabe dahin gieng, die Pläne und Voranschläge, sowie die mit den verschiedenen Bauunternehmern abzuschliessenden Verträge zu entwerfen, die Leitung und Beaufsichtigung des Baues zu besorgen und die von den Unternehmern gestellten Rechnungen zu prüfen, so liegt nicht ein Werkvertrag, sondern ein sog. freier Dienstvertrag vor; Beklagter übernahm nicht die Fertigstellung eines Werkes, sondern die Leistung einzelner zur Fertigstellung des Baues nöthiger Arbeiten. Die Verantwortlichkeit des Beklagten für seine vertraglichen Verpflichtungen beurteilt sich, da das O. R. diesfalls für den Dienstvertrag keine besondern Bestimmungen aufstellt, nach den allgemeinen Grundsätzen über die Folgen der Nichterfüllung von Verträgen (Art. 110 u. ff. O. R.). Bei der Untersuchung der Frage, ob den F. ein Verschulden treffe, ist zunächst der Massstab der von demselben zu verantwortenden Diligenzpflicht festzustellen. Es kommt dabei in Betracht, dass der Beklagte Architekt ist und sich dem Kläger gegenüber zur Leistung in sein Fach einschlagender Arbeiten verpflichtet hat. Letzterer durfte daher erwarten, dass F. diejenigen Kenntnisse und Fähigkeiten besitze, welche man in diesem Berufe bei gewöhnlichem Fleisse und gewöhnlicher Gewissenhaftigkeit zu erwerben im Stande ist, und dass er diejenige Aufmerksamkeit und Sorgfalt anwende, welche von einem tüchtigen Architekten verlangt wer-

den kann. Ausnahmsweise Kenntnisse und Fähigkeiten, oder ein aussergewöhnlich ängstliches Verfahren konnte dagegen der Kläger nicht beanspruchen (vergl. A. S. d. b.-g. Entsch. Bd. 18, S. 340 Erw. 4).[1]) Nun ist durch das Gutachten des von der zweiten Instanz bestellten Experten dargethan, dass der Architekt die Feuchtigkeit und Undurchlässigkeit des Bodens, die der Schwammbildung besonders förderlich war, beim Bau hatte erkennen müssen, und dass gegen die hiedurch drohende Gefahr Sicherheitsmassregeln zu Gebote gestanden hätten, bestehend namentlich in der Erstellung grösserer Ventilationsöffnungen. Die Nichtanwendung dieser vom Experten bezeichneten Massnahmen enthält ein Verschulden des Beklagten, beruhe sie nun auf der Nichtbeachtung der Gefahrsfaktoren, oder auf der Unkenntniss der dagegen schützenden Mittel. Beklagter macht freilich zu seiner Entschuldigung geltend, dass er von stärkerer Ventilation aus dem Grunde abgesehen habe, weil sonst eine beträchtliche Abkühlung der Räumlichkeiten die Folge gewesen wäre. Allein unter diesen Umständen durfte der Architekt nicht von sich aus bestimmen, sondern war es seine Pflicht, den Bauherrn vor die Wahl zu stellen und ihn entscheiden zu lassen. (Entsch. v. 2. März 1894 i. S. Burckhardt c. Friedrich.)

---

83. *Art. 512 O. R. Differenzgeschäft?*

H. schloss für die Gebr. K. im Auftrage derselben durch die caisse de liquidation in Hâvre Ein- und Verkäufe, sogenannte Arbitragegeschäfte ab: er kaufte für die K. 2500 Säcke Kaffee, alles lieferbar September 1892, und verkaufte dagegen in Arbitrage für sie 2500 Säcke Kaffee, alles lieferbar Dezember 1892. Die Hoffnung, auf welche die Gebr. K. diese Spekulation gegründet hatten, erfüllte sich nicht. Gebr. K. ertheilten daher dem H. die Ordre, das ganze gekaufte Quantum schon auf Ende September zu liquidieren, in der Weise, dass die per September gekauften 2500 Säcke verkauft, und die per Dezember verkauften 2500 Säcke zurückgekauft werden. Aus dieser Liquidation entstand ein Verlust, dessen Bezahlung die Gebr. K. verweigerten, unter der Behauptung, es handle sich um ein klagloses Differenzgeschäft.

H. produzierte: 1. Zwei Originalformulare derjenigen Kontrakte, welche die caisse de liquidation bei allen durch sie vermittelten Verkaufs- bezw. Kaufsgeschäften den Kontrahenten ausliefert.

---

[1]) Vgl. Revue X Nr. 52 Ziff. 3.

2. Zwei sogenannte Filièren. Ueber die Bedeutung und Anwendung dieser Filièren macht Kläger folgende, vom Beklagten nicht bestrittene Darstellung: Wenn der Verkäufer die Verfallzeit des Kontraktes abwartet, so meldet er seine Lieferung bei der caisse de liquidation an. Dies geschieht durch die Filières. Kommt der Käufer dann mit seinem Kontrakt und verlangt die Lieferung der Waare, so folgt ihm die caisse de liquidation die Filière gegen Bezahlung des darin genannten Preises aus, und der Käufer bezieht unter Garantie der Kasse aus den Docks in Hâvre die in der Filière genau bezeichnete Quantität und Qualität Kaffee. Das nämliche geschieht in umgekehrtem Sinne, bei Einkauf und Wiederverkauf. Diese Filièren haben also den Charakter von Bezugsscheinen und sind indossabel. Wickelt sich das Geschäft vor dem im Kontrakte vorgesehenen Zeitpunkt durch gleichzeitigen Kauf und Verkauf ab, so wird von der caisse de liquidation sofort nach gemachter Anzeige der Gewinn ausbezahlt oder der Verlust eingefordert.

3. Ein amtliches Certifikat des Schweiz. Konsulats in Hâvre, welches bezeugt, dass das streitige Geschäft unter 5 bestimmten Nummern und mit 5 genau bestimmten Filièren ordnungsmässig in den Büchern des Klägers eingetragen sei.

4. Einen von demselben Konsulat beglaubigten Brief der caisse de liquidation, welcher darthut, dass das streitige Geschäft durch Filières liquidiert worden sei.

Die Klage wurde vom Bundesgericht gutgeheissen. Gründe: In konstanter Praxis hat das Bundesgericht sich dahin ausgesprochen, dass das Kriterium des klaglosen Differenzgeschäftes darin zu suchen ist, dass die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend durch übereinstimmenden Vertragswillen Recht und Pflicht wirklicher Lieferung und Abnahme ausschliessen wollen, so dass Vertragsgegenstand bloss die Kursdifferenz ist. Dass nun Recht und Pflicht effektiver Lieferung in casu ausdrücklich ausgeschlossen worden sei, behauptet die Beklagte selbst nicht, es ist daher bloss zu untersuchen, ob eine stillschweigende Willensübereinstimmung der Parteien in diesem Sinne bestanden habe. Dies ist nach den Akten jedoch nicht der Fall. Die Vorinstanz stellt ausdrücklich fest, dass dem Käufer unzweifelhaft das Recht zugestanden sei, effektive Lieferung zu verlangen, und sie spricht denn auch aus, dass das vorliegende Rechtsgeschäft nicht unter den vom Bundesgericht festgestellten Begriff des klaglosen Differenzgeschäftes falle. In der That geben die Akten keiner andern Anschauung Raum. Für die durch den Kläger

auf Rechnung der Beklagten ausgeführten Käufe und Verkäufe waren die Bestimmungen des Reglementes der caisse de liquidation in Hâvre massgebend. Nun berechtigten diese Bedingungen, ebenso wie die auf der Rückseite der Vertragsformulare abgedruckten Artikel des neuen Reglements über Termingeschäfte in Kaffee, welche Bestandteil des Vertrages bilden, den Käufer ausdrücklich zum wirklichen Bezug der gekauften Waare, der überdiess durch die caisse de liquidation garantiert wird. Dem Käufer wie dem Verkäufer werden durch diese Vermittlungsstelle sog. bulletins d'achat bezw. bulletins de vente ausgestellt, welche die Art, Qualität und Quantität der Waare, den Preis, die Lieferfrist u. s. w. enthalten. Dem Käufer, welcher die gekaufte Waare beziehen will, werden von der caisse de liquidation indossable Bezugsscheine, sog. Filièren, übergeben, vermittelst welcher er, bezw. der in der Filière als berechtigt Bezeichnete, die Waare gegen Entrichtung des Kaufpreises (vgl. Fuchs in Schmollers Jahrbuch Bd. 15 p. 66 u. ff.) in den Docks von Hâvre, unter Garantie der Kasse, beziehen kann. Dazu kommt, dass das für die Beklagte abgeschlossene Arbitragegeschäft geradezu die Möglichkeit des effektiven Bezuges zur Voraussetzung hatte. Nach der Darstellung des Klägers, welche die Beklagte nicht zu entkräften vermocht hat, besteht die Eigentümlichkeit dieser gleichzeitig auf verschiedene Termine abgeschlossenen, einander entgegengestellten Käufe und Verkäufe darin, dass der Käufer durch effektiven Bezug das Risiko auf die sog. Spannung, d. h. auf die Preisdifferenz zwischen dem Termin, auf welchen er gekauft, und demjenigen, auf welchen er verkauft hat, beschränken kann. (Entsch. v. 20. April 1894 i. S. Hess c. Gebr. Kummer.)

---

84. *Art. 525 ff. Syndikatsvertrag, rechtliche Natur. Erfordernisse der Verlängerung desselben über die vereinbarte Zeit hinaus.*

Die Kreditbank W. bildete Ende 1890 ein Syndikat zum Ankauf und Verwertung von Aktien der „Eidgen. Bank“, an welchem sich auch B. & Cie beteiligten. Der Syndikatsvertrag bestimmt u. A.: Die Syndikatsbeteiligten verpflichten sich, auf Verlangen der Kreditbank jederzeit sofort eine Anzahlung von 15% des durchschnittlichen Ankaufspreises ihrer betreffenden Syndikatsstücke zu leisten. Die Dauer des Syndikats ist vorläufig auf 4 Monate (vom 8. November 1890 an) festgesetzt, kann aber auf weitere 1 à 3 Monate ver-

längert werden. Am 20. August 1891 verlangte die Kreditbank W. mit Rücksicht auf die stark gewichenen Kurse eine Einzahlung von 80 Fr. per gezeichnetes Stück des Syndikats. Am gleichen Tage leistete die Beklagte diesem Begehren Folge. Mit Schreiben vom 5. Dezember 1891 eröffnete dann die Klägerin der Beklagten, dass die Operation, die sich auf 4150 Stück erstreckt habe, durchgeführt sei, und mit einem Passivsaldo von 722,675 Fr. abschliesse. Nachdem Beklagte zuerst nähere Aufschlüsse verlangt hatte, bestritt sie jede Forderung. Die von der Kreditbank W. erhobene Klage wurde jedoch gutgeheissen. Der Begründung des bundesgerichtlichen Urteils, aus welchem sich die Einwendungen von B. & Cie ergeben, ist Folgendes zu entheben: Die Bestreitung der klägerischen Forderung gründet sich auf die Behauptung, dass die Syndikatsabrechnung nicht auf den 16. November 1891 hätte erfolgen sollen, sondern auf den 6. Juni 1891, als den Tag, wo der Syndikatsvertrag sein Ende erreicht habe. Es fragt sich daher, ob eine Verlängerung über den 6. Juni 1891 hinaus mit der Beklagten vereinbart worden sei.[1]) Klägerin behauptet, Beklagte habe stillschweigend eingewilligt und ihre stillschweigende Willensäusserung liege in der am 20. August 1891 geleisteten Einzahlung. Dass die Vereinbarung zur Weiterführung des Syndikats auch stillschweigend geschehen konnte, unterliegt keinem begründeten Zweifel. Die Behauptung der Beklagten, es hätte dazu einer ausdrücklichen Erklärung ihrerseits bedurft, ist unbegründet, da weder zur Eingehung des Syndikats, noch zu einer allfälligen Abänderung des Vertrages eine besondere Form zwischen den Parteien vereinbart worden ist (Art. 1 und 545, Ziffer 5 O. R.). Wie in dem Urteil in S. B. & Cie gegen Hotz & Cie ausgeführt worden,[2]) ist zwischen den Konsortialen und der Syndikatsleiterin ein Gesellschaftsverhältnis, eine einfache Gesellschaft, begründet worden. Allein ein rechtliches Band bestand zunächst nur zwischen der Syndikatsleiterin einerseits und den einzelnen Konsortialen, welche sie am Syndikat beteiligt hatte, anderseits. Wenn auch die Verträge, die die Syndikatsleiterin mit den einzelnen Beteiligten abgeschlossen hat, auf einer und derselben Grundlage beruhen und einem und demselben Zwecke dienen, so folgt aus dieser Thatsache an sich noch nicht, dass auch diese letztern unter einander in ein Gesellschaftsverhältnis getreten

---

[1]) S. Revue XI Nr. 35.

[2]) Revue XI Nr. 35.

seien. In der Regel besteht vielmehr unter diesen keine Societät; dies gilt jedenfalls dann, wenn die Beteiligung des einen Konsortialen ohne alle Rücksicht auf die Persönlichkeit der übrigen erfolgt ist (vgl. Dernburg, Preuss. Priv. R. II. Bd. 3. Aufl., § 215, Anm. 22. Sydow, Ueber Konsortien (Syndikate) in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 19 S. 443. V. Ring, Komm. z. Reichsges. betr. die Kommanditges. auf Aktien, 2. Aufl. S. 178 u. f.). Dies ist nun beim vorliegenden Syndikat augenscheinlich der Fall. Die einzelnen Konsortialen haben sich unter einander nicht einmal dem Namen nach gekannt, und die Klägerin hat der Beklagten die Mitteilung der Teilnehmerlisten ausdrücklich verweigert, unter Berufung darauf, dass diese Kenntnisgabe nicht im Interesse des Einzelnen liege. Wenn also die Beklagten in die Prolongation eingewilligt haben, so ist dieselbe für sie verbindlich, ohne Rücksicht auf das Verhalten der übrigen Beteiligten.[1]) (Entsch. vom 31. März 1894 i. S. Kreditbank Winterthur c. Burckhardt & Cie.)

---

85. *Unfallversicherungsvertrag. Kollektivversicherung. Bedeutung der Bestimmung, wonach mit gewissen Gebrechen behaftete Personen von der Versicherung ausgeschlossen sind.*

Die Bestimmung eines Unfallversicherungsvertrages, wonach von der Versicherung ausgeschlossen sind solche Personen, welche mit Gebrechen behaftet sind, durch welche die Sehkraft geschwächt wird, enthält eine nähere Umschreibung der vom Versicherer vertraglich übernommenen Unfallgefahr. Es soll von ihm nicht getragen werden das Risiko in Bezug auf Personen, die mit jenen Gebrechen behaftet sind. Trifft diese thatsächliche Voraussetzung zu, so besteht für die betreffende Person gar keine Versicherung, gleichviel, ob das fragliche Gebrechen dem Versicherungsnehmer bekannt war oder nicht. Der Umfang der vertraglichen Verpflichtungen des Versicherers ist durch übereinstimmenden Parteiwillen an bestimmte objektive Thatsachen geknüpft, und kann nicht durch eine entschuldbar irrige Annahme des Versicherungsnehmers auf Personen ausgedehnt werden, bezüglich welcher die Gefahr ausdrücklich nicht übernommen ist. Da das Nichtvorhandensein eines solchen Gebrechens die Bedingung bildet,

---

[1]) Das Urteil führt dann aus, dass in casu diese Einwilligung in der Einzahlung vom 20. August 1891 gefunden werden müsse, da Beklagter Börsensensal und mit dem Syndikatswesen vertraut sei.

unter welcher der Vertrag überhaupt für eine Person Geltung hat, so kann es auch nicht darauf ankommen, ob das die Ausschliessung begründende Gebrechen mit dem eingetretenen Unfall in einem Causalzusammenhang gestanden habe, vielmehr frägt es sich lediglich, ob dieses Gebrechen einen solchen Grad der Unfall- und Schadensgefahr bedingt habe, der laut der erwähnten Bestimmung vom Versicherer nicht übernommen worden ist. Nicht jede, noch so geringe Schwächung der Sehkraft kann nach den Versicherungsbedingungen zum Ausschluss von der Versicherung führen, sondern nur eine solche, durch welche die Möglichkeit eines Unfalles erhöht und die Folgen eines solchen wesentlich erschwert werden, durch welche also das Risiko des Versicherers erheblich erhöht wird.[1] (Entsch. v. 27. April 1894 i. S. Eggers Söhne c. La Préservatrice.)

---

**86.** *Art. 128 O. R. Lebensversicherungsvertrag. Liegt ein Vertrag zu Gunsten Dritter vor, wenn in der Police „die Erben“ des Versicherungsnehmers als Begünstigte bezeichnet sind?*

C'est, au point de vue du lieu, le droit suisse qui est applicable, et non le droit français, en vigueur au lieu du siège de la Compagnie d'assurance. Aux termes de l'art. 18 de la police, toutes les contestations avec la Compagnie à l'occasion du dit contrat doivent être soumises aux Tribunaux suisses, et à teneur de l'art. 2 chiffres 3 et 4 de la loi fédérale du 25 juin 1885 concernant la surveillance des entreprises privées en matière d'assurance, les entreprises étrangères d'assurance sont tenues d'élire domicile en Suisse, c'est à dire de se soumettre au for suisse pour leurs contrats passés avec des personnes habitant la Suisse. Il faut en conclure, ainsi que le Tribunal fédéral l'a déjà fait dans son arrêt Fierz contre Lebensversicherungsbank Stuttgart (Rec. off. XV page 412 consid. 4) que la loi a voulu astreindre les Compagnies d'assurance à se soumettre aussi au droit matériel suisse pour les contrats conclus en Suisse avec des assurés Suisses. Or il est vrai qu'il ne s'agit pas dans l'espèce d'une contestation entre l'assuré d'une part et la Compagnie d'assurances d'autre part, mais d'un litige entre la masse de la faillite de l'assuré et un tiers, lequel prétend être au béné-

---

[1]) Dies wurde in casu angenommen, weil das vom Unfall nicht berührte Auge nur $^1/_{10}$ der normalen Sehkraft besass und auch das verletzte Auge nicht die volle Sehkraft gehabt hatte.

fice du contrat d'assurance; mais on ne s'en trouve pas moins en présence d'une contestation sur des droits résultant du contrat d'assurance. C'est donc le droit sous l'empire duquel se trouve placé ce contrat qui est applicable, c'est-à-dire précisément le droit suisse.

La demanderesse ne peut posséder un droit propre à la somme assurée que conformément aux principes en matière de contrats en faveur de tiers. En effet la demanderesse fonde sa prétention uniquement et ne peut l'appuyer du reste que sur le contrat passé par son père, en son nom propre, et sans le concours de sa fille. Or, il y a lieu d'admettre que le tiers en faveur de qui un contrat d'assurance au décès a été lié, acquiert sur la somme assurée, du fait du décès de l'assuré, un droit propre, individuel, ne découlant pas de celui de l'assuré lui-même. D'après son but et sa nature, et à teneur de la volonté des contractants qui s'en dégage, un semblable contrat tend à conférer au tiers, au décès de l'assuré, un droit propre et personnel, droit ne pouvant plus faire l'objet d'une immixtion ou contestation de la part des héritiers ou des créanciers du défunt, et une pareille convention est valable, au regard de l'art. 128 C. O. (voir Arrêts du Trib. féd. en les causes Soller c. Kolb, Rec. off. XIX page 289; Rosenthal c. Weniger, ibid. XVII page 709 s., consid. 3)[1]).

La police contient uniquement la disposition portant que la Compagnie s'oblige à payer, lors du décès de l'assuré, la somme assurée *aux héritiers* de celui-ci. La question qui se pose est donc celle de savoir si cette clause de la police désigne comme tiers bénéficiaires les personnes appelées à recueillir la succession de l'assuré, soit ses parents les plus rapprochés, qu'ils acceptent ou répudient la dite succession, et deviennent ainsi réellement héritiers ou non, — ou si cette clause n'a pas plutôt pour effet d'attribuer la somme assurée *aux héritiers comme tels*, c'est à dire à la succession de l'assuré. Cette question n'apparaît point comme une pure question de fait qui aurait trouvé sa solution dans une constatation de l'instance cantonale relative à la volonté des parties lors de la conclusion du contrat; bien au contraire cette solution implique celle de questions de droit; il s'agit de l'appréciation juridique de la convention liée entre parties.

On ne saurait refuser à la clause „payable à mes héritiers“ la portée d'une stipulation valable en faveur de tiers,

---

[1]) Revue X Nr. 27 u. XI Nr. 70.

par le seul motif qu'elle contient une disposition en faveur de personnes futures et incertaines, dont l'individualité ne sera déterminée que par un évènement postérieur. Il est vrai que la jurisprudence française la plus récente se prononce dans ce sens; mais le Code fédéral des obligations ne contient rien qui vienne à l'appui d'une semblable théorie. L'art. 128 de ce Code reconnaît et garantit le contrat en faveur de tiers ayant pour effet l'acquisition immédiate de droits par le tiers, et l'on ne voit pas pourquoi il serait interdit aux parties de stipuler une pareille acquisition future de droits en faveur de personnes incertaines, dont la désignation est réservée à un évènement postérieur. En revanche il faut reconnaître que la clause „payable à mes héritiers“ n'implique pas d'une manière certaine la volonté de stipuler en faveur des personnes appelées à la succession ou des plus proches parents, comme tiers, et sans égard au fait que ces personnes aient ou non succédé en réalité à l'assuré. Les „héritiers“ sont, dans le langage ordinaire comme d'après les termes de la loi, les personnes qui acquièrent la succession et qui continuent par conséquent la personnalité du défunt au point de vue économique. Lorsque le contrat d'assurance stipule le paiement de la somme assurée aux héritiers, il désigne par là les personnes qui continuent au point de vue économique la personnalité du *de cujus*, et non point les parents qui, bien qu'appelés à succéder à ce dernier, ont répudié sa succession.

La clause „payable aux héritiers“ ne contient nullement l'expression certaine d'une stipulation en faveur de tiers, soit au bénéfice des parents appelés à succéder, et sans égard au fait qu'ils aient ou non succédé en réalité; la dite clause signifie au contraire, d'après ses termes mêmes, que la somme assurée doit être payée aux héritiers, c'est-à-dire aux personnes auxquelles les biens du défunt sont échus, et qui continuent la personnalité de ce dernier au point de vue économique. Il est en effet incontestable qu'en fait, et lors de la stipulation d'une assurance payable à son décès, l'assuré peut tout aussi bien avoir intérêt à ce que la somme assurée augmente l'actif de la succession et permette ainsi ou facilite à ses héritiers naturels d'accepter celle-ci, — qu'à assurer à ses parents un capital, abstraction faite de leur qualité d'héritiers. Lorsque le contrat porte simplement la clause „payable aux héritiers“, cette expression suppose l'existence de la première des alternatives susvisées (voir dans ce sens Vivante, Il contratto di assicurazione III page 245. Lewis,

Handbuch des Versicherungsrechts page 322 ss. König dans le Handbuch d'Endemann III page 828 ss.). Il y aurait lieu de décider autrement, et lors même que la police porterait aussi seulement la clause „payable à mes héritiers", lorsque dans la proposition d'assurance, sur la base de laquelle le contrat d'assurance a été conclu, l'assuré se serait exprimé d'une façon telle, qu'on doive en conclure que par le terme d'„héritiers" il a entendu non point les héritiers comme tels, mais certains parents rapprochés, qu'il a voulu viser et favoriser personnellement. Toutefois rien de semblable n'a été allégué en l'espèce, où la proposition d'assurance n'a pas même été produite.[1]) (Entsch. v. 2. März 1894 i. S. Cuénoud c. Masse Cuénoud.)

---

87. *Art. 561 O. R. Vertretungsbefugnis eines Kollektivgesellschafters. 1) Nach welchem örtlichen Rechte ist dieselbe zu beurtheilen? 2) Umfang derselben. 3) Uebernahme der Bürgschaft für eine Privatschuld eines Gesellschafters durch die Gesellschaft. 4) Haftung des Uebernehmers eines Handelsgeschäftes für die Passiven desselben.*

1) Die Frage, ob eine von einem Gesellschafter unter der Gesellschaftsfirma eingegangene Verpflichtung als Schuld der Kollektivgesellschaft zu betrachten sei, speziell ob der Gesellschafter zur Vertretung der Firma in Bezug auf dieses Rechtsgeschäft befugt gewesen sei, beurteilt sich nach dem Rechte des Ortes, an welchem die Gesellschaft ihren Sitz hat, also wenn die Gesellschaft in der Schweiz domiziliert ist, nach schweizerischem Rechte.

2) Nach Art. 561 Abs. 1 ist ein Gesellschafter nicht bloss zum Abschluss derjenigen Geschäfte ermächtigt, welche der Betrieb des von der Gesellschaft geführten Gewerbes gewöhnlich mit sich bringt, sondern zu allen Rechtshandlungen und Geschäften, welche überhaupt im Interesse des Gesellschaftszweckes liegen können. Die Vergleichung des in Art. 561 gewählten Ausdruckes mit dem in Art. 426 mit Bezug auf die Vollmacht des Handlungsbevollmächtigten gebrauchten zeigt deutlich, dass die Vertretungsbefugnis des Gesellschafters gegenüber gutgläubigen Dritten über die im Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes liegenden Rechtshandlungen hinausgehen und alle Arten von Rechtshandlungen

---

[1]) Im Uebrigen wiederholt das Urteil die Ausführung des vorhergehenden Entscheides Nr. 79.

und Geschäften in sich begreifen soll, welche in abstracto im Gesellschaftszwecke begründet sein können, m. a. W. durch den Zweck der Gesellschaft nicht ausgeschlossen sind.

3) Im Allgemeinen ist nicht zu bezweifeln, dass bei einer Kollektiv-Gesellschaft sowohl die Uebernahme einer Privatschuld des Gesellschafters auf die Gesellschaft, als auch die Bürgschaftsleistung für eine solche Schuld durch die Gesellschaft im Zwecke der Gesellschaft liegen kann.

Es kann sehr wohl das Interesse einer Kollektivgesellschaft erfordern, den Kredit eines Gesellschafters aufrecht zu erhalten und denselben der Gesellschaft zu erhalten, da in der Regel der Kredit der Gesellschaft von dem Kredite der Gesellschafter abhängig oder doch durch denselben wesentlich beeinflusst ist.[1] Um eine solche Bürgschaftsübernahme für die Gesellschaft unverbindlich zu erklären, müsste dargethan sein, dass speziell bei der konkreten Kollektivgesellschaft eine solche Bürgschaftsleistung durch den Zweck der Gesellschaft ausgeschlossen und daher die streitige Bürgschaftsverpflichtung ein Rechtsgeschäft sei, welches der Zweck der Gesellschaft nicht habe mit sich bringen können, und zu dessen Abschluss im Namen der Gesellschaft der betreffende Gläubiger daher den Gesellschafter nicht als ermächtigt habe ansehen dürfen.

Die vertragliche Beschränkung der Vertretungsbefugniss hat nach Art. 561, Abs. 2 O. R. für die Gültigkeit der in Uebertretung derselben eingegangenen Verpflichtungen nur insofern rechtliche Wirkung, als der Mitkontrahent sich nicht in gutem Glauben befand. Da der gute Glaube zu präsumieren ist, so fällt der Gesellschaft die Beweislast für die mala fides zu.

4) Hat Jemand ein Handelsgeschäft mit Aktiven und Passiven als Nachfolger des frühern Inhabers nicht unbedingt, sondern nur nach dem verifizierten Bücherwert übernommen, so haftet er jedenfalls dann nur für die in den Büchern des Geschäftes enthaltenen Schulden, wenn eine gegenteilige Kundgebung, wonach sämtliche Geschäftsschulden übernommen wären, an die Gläubiger nicht erfolgt ist. (Entsch. v. 13. April 1894 i. S. Geraer Bank c. Jörg & Cons.)

---

88. *Art. 882 Abs. 3, 161, 503 und 568 O. R. Inwiefern sind Erlöschungsgründe von Forderungen, bezw. der Bürgschaft,*

[1]) In casu hatte ein Gesellschafter für seine Privatschuld ohne Wissen seines Mitgesellschafters Namens der Gesellschaft Bürgschaft eingegangen.

*welche vor dem 1. Januar 1883 begründet worden, nach dem eidg. O. R. zu beurteilen?*

Hierüber entnehmen wir einem Urteile des B.-Gerichts folgendes:

1. Bei der Erörterung der Erlöschungsgründe einer Forderung ist zu untersuchen, ob sich dieselben als Wirkungen und rechtliche Folgen eines vor dem 1. Januar 1883 abgeschlossenen Vertrages darstellen, oder ob sie auf Thatsachen beruhen, die unabhängig von dem Vertragswillen der Parteien nach dem 31. Dez. 1882 entstanden sind, in welch letzterm Falle sie nach Art. 882 Abs. 3 O. R. nach eidgenössischem Rechte beurteilt werden müssen.

Als selbständiger, vom Parteiwillen unabhängiger Erlöschungsgrund erscheint z. B. die Thatsache, dass im Jahr 1887 über den Nachlass eines Bürgen ein Schuldenruf ergangen ist, und der Kläger durch Unterlassung der Anmeldung seine Forderung verwirkt hat.

Die Wirkung dieser Thatsache würde gemäss Art. 882 Abs. 3 leg. cit. nach neuem Recht zu beurteilen sein, allein Art. 161 O. R. bestimmt ausdrücklich, dass das Erlöschen von Forderungen wegen unterlassener Anmeldung bei öffentlichen Auskündungen vom kantonalen Recht bestimmt werde. Das Bundesgericht ist daher zur Beurteilung, welche Wirkung die unterlassene Anmeldung der klägerischen Forderung in den Schuldenruf über einen Nachlass gehabt habe, nicht zuständig.

2. Einen weitern Erlöschungsgrund der Bürgschaft erblickt die Beklagte darin, dass Kläger die Gelegenheit, das Waarenlager in Sicherheit zu bringen, versäumt, und auch sonst „die Sache vernachlässigt“ habe, und beruft sich dabei auf Art. 508 O. R., wonach der Gläubiger dem Bürgen verantwortlich ist, dass er nicht zu dessen Nachteile die bei Eingehung der Bürgschaft vorhandenen oder vom Hauptschuldner nachträglich erlangten Sicherheiten vermindere. Allein es handelt sich hier nicht um die Einwirkung einer vom Vertragswillen unabhängigen Thatsache auf das Bestehen des streitigen Rechtsverhältnisses, sondern vielmehr um das vertragliche Verhalten des einen Kontrahenten, ob der Gläubiger seine ihm durch den Vertrag aufgelegten Verpflichtungen unerfüllt gelassen habe. Welches diese Verpflichtungen seien, kann sich nur nach dem Vertragsinhalt, d. h. nach den ausdrücklichen Festsetzungen der Parteien, oder in Ermangelung solcher nach den dieselben ergänzenden dispositiven Rechtssätzen, die zur Zeit des Vertragsschlusses

gegolten haben, beurteilen. Es ist daher die besprochene Einrede der Beklagten nicht nach eidgenössischem Obligationenrecht, sondern nach kantonalem Recht zu entscheiden.

3. Ebenso verhält es sich bezüglich der letzten Einrede, die Bürgschaft sei dadurch untergegangen, dass der Kläger trotz des vom Bürgen gestellten Verlangens die Forderung gegenüber dem Hauptschuldner nicht gemäss Art. 503 O. R. rechtzeitig rechtlich geltend gemacht habe.

Die Frage, ob der Kläger verpflichtet war, den Hauptschuldner innert der angegebenen Frist rechtlich zu betreiben, löst sich dahin auf, zu welchen Massnahmen der Gläubiger im Interesse des Bürgen verpflichtet worden sei; diese Verpflichtung aber gründet sich, da nicht etwa eine zwingende Gesetzesvorschrift in dieser Richtung besteht, auf den im Vertrage ausgesprochenen oder durch das dispositive Recht ergänzend festgestellten Parteiwillen. Es handelt sich also auch hier darum, welche Verbindlichkeiten dem Gläubiger aus dem Bürgschaftsvertrag erwachsen seien, und trifft sonach nicht Abs. 3, sondern Abs. 1 und 2 von Art. 882 O. R. zu, wonach das zur Zeit des Vertragsschlusses geltende Recht zur Beurteilung dieser Einrede der Beklagten massgebend ist (vergl. A. S. d. bundesgerichtl. Entsch. XII, S. 193 Erw. 3; XVI, S. 360 Erw. 4;[1]) Carlin, Erörterungen v. Art. 882 Abs. 3, § 27; Heuberger, die zeitlichen Grenzen u. s. w. § 73).

Eine Kündigung, welche die in Art. 503 O. R. verlangte Fristansetzung zur rechtlichen Belangung des Hauptschuldners nicht enthält, sondern die Bürgschaft einfach kündet, entspricht dem Art. 503 O. R. nicht. Ein solches Kündigungsrecht kann, mangels vertraglicher Einräumung, aus Art. 503 O. R. selbstverständlich nicht hergeleitet werden. (Entsch. v. 24. Febr. 1894 i. S. Disler c. Stutz.)

---

89. *Feuerversicherungsvertrag. Oertlich anwendbares Recht. Prämienschuld, Umwandlung aus einer Bringschuld in Holschuld.*

Le Conseil d'Etat du Valais, en accordant à la Compagnie défenderesse l'autorisation de faire des opérations dans le canton, lui a imposé pour condition qu'elle accepte la compétence des tribunaux valaisans pour toutes les contestations de droit civil relatives aux contrats d'assurance conclus dans le Valais. Cette prorogation de for avait aussi évidemment

---

[1]) Revue IV Nr. 41. VIII Nr. 57.

pour but de soumettre au droit valaisan, et subsidiairement au droit fédéral, les effets juridiques des contrats liés par la Compagnie avec des personnes domiciliées dans le canton, sans égard même au lieu de stipulation et de l'exécution de ces contrats.

Le Tribunal fédéral, dans son arrêt du 29 décembre 1893 en la cause Frutiger c. Compagnie suisse[1]) d'assurance contre les accidents à Winterthur, a reconnu comme principe généralement admis dans le droit d'assurance, que l'obligation de l'assuré de payer la prime au domicile de l'assureur ou de ses agents à une échéance fixe, peut se transformer en une dette quérable, dans le cas ou la Compagnie elle-même se serait départie de cette clause du contrat et aurait fait régulièrement encaisser les primes chez l'assuré, et que dans des circonstances semblables la Compagnie ne peut plus invoquer les conditions de la police pour prétendre que l'assuré, n'ayant point payé à l'échéance, est déchu de tout droit à la somme assurée en cas de sinistre. Il serait en effet contraire à la bonne foi qui doit présider aux rapports entre parties, que la Compagnie puisse invoquer la clause de déchéance pour motif de retard dans le paiement de la prime, alors qu'elle aurait accoutumé l'assuré à un mode de paiement dérogeant aux stipulations de la police, en faisant encaisser elle-même le montant de la dite prime au domicile de son client.[2]) (Entsch. vom 23. Februar 1894 i. S. Mosoni c. Nation.)

---

90. *Markenschutzgesetz. Schutzmarke für Waare, deren Verkauf in einem Kanton verboten ist. Schadensersatzklage wegen Verletzung des Markenrechts.*

Wie das Bundesgericht in Sachen Burgoyne, Burbidges & Cie (A. S. XIII, S. 428)[3]) ausgeführt hat, kann der markenrechtliche Schutz den Zeichen für solche Waaren, die nicht absolut und nicht im ganzen Gebiet der Eidgenossenschaft

---

[1]) Siehe oben Nr. 47.

[2]) Das Urteil führt dann aus, dass in casu jedes Jahr nur auf besonderes Gesuch des Versicherungsnehmers — übrigens auch gemäss den Bestimmungen des Versicherungsvertrags — die Versicherungsgesellschaft die Prämien nach Verfall durch Postmandat eingezogen, dagegen weder eine Verlegung des Verfalltermins der Prämien noch eine Umwandlung der Bringschuld in eine Holschuld stattgefunden habe.

[3]) Revue VI Nr. 7.

verboten sind, überhaupt nicht versagt werden, auch nicht in einem Kanton, wo solche Waaren verboten oder nur bedingungsweise erlaubt sind. In einer solchen Gewährung des Markenschutzes liegt kein Eingriff in die den Kantonen zustehende Polizei- und speziell Sanitätspolizeigesetzgebung und ebenso wenig ein solcher in ein spezielles polizeiliches Verbot, das trotzdem in Kraft bleibt mit der Wirkung, dass der Verkauf, die Ankündigung etc. solcher Waaren untersagt bleibt. Kraft Markenrechts ist bloss die Marke geschützt; ob der Verkauf der mit ihr bezeichneten Waare erlaubt ist, hängt (vom Fall der unsittlichen Marke abgesehen) nicht nur vom Markenrecht ab, sondern auch von der Polizeigesetzgebung, welche zutreffenden Falls für das betreffende Kantonsgebiet den Vertrieb auch einer mit Schutzmarke versehenen Waare verbieten, und den aus diesem verbotenen Verkauf erzielten Gewinn implicite als unrechtmässigen qualifizieren kann, ohne damit das Markenrecht selbst irgendwie zu beeinträchtigen. Es ist in dieser Beziehung auf den Entscheid in A. S. Bd. XIII S. 428 und die daselbst angezogenen Ausführungen in Kohler's Recht des Markenschutzes p. 214 verwiesen worden. Dagegen ist in einem solchen Falle eine Klage auf Ersatz des Schadens durch Gewinnentzug unzulässig, soweit es sich um den Vertrieb der Waare in dem Kanton handelt, in welchem derselbe verboten ist. (Entsch v. 23. Februar 1894 i. S. Hartmann c. Böglin.)

---

91. *Markenschutzgesetz. Ausübung des Markenrechts. Frei zeichen, Verwendung desselben in einem Waarenzeichen.*

1) Als Ausübung eines Markenrechts erscheint nur die Verwendung der Waarenzeichen auf der Waare oder deren Verpackung, nicht dagegen die Inserierung derselben in Zeitungen. 2) Aus der Freizeichenqualität einer Figur ergiebt sich, dass sie nicht von einem Einzelnen, der die genannte Branche betreibt, als private Marke in Anspruch genommen werden darf. Damit ist aber nicht gesagt, dass innert der betreffenden Branche das Zeichen nie, in keiner Stellung oder Kombination als Marke verwertet werden könnte, oder gar, dass innert der gleichen Branche kein Waarenzeichen schutzfähig sei, in welchem überhaupt eine Figur, in casu ein irgendwie beschaffener Schwan,[1] sei es auch in Verbindung mit allerlei andern Figuren, Buchstaben oder Worten

[1] Welcher als Freizeichen für den Bettfedernhandel erklärt wurde.

vorkommt. Gegenteils kann, wie auch in der Doktrin allgemein anerkannt wird, durch besonders originelle Gestaltung eine Figur, welche an sich Freizeichen ist, individualisiert und dadurch zur schutzfähigen Marke gemacht werden. (Entsch. v. 20. Januar 1894 i. S. Lumpert c. Pfeiffer.)

---

92. *Art. 32 B.-Ges. betr. die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen u. s. w. und Art. 10 B.-Ges. betr. die persönliche Handlungsfähigkeit. Nach welchem Rechte beurteilt sich die Handlungsfähigkeit ausländischer Ehefrauen, welche in der Schweiz Geschäfte abgeschlossen haben?*

Nach Art. 32 des zitierten Bundesgesetzes hat die Anwendung desselben auf Ausländer zur Voraussetzung, dass dieselben in der Schweiz ihren Wohnsitz haben.

Die Frage, in wie weit eine Ehefrau als solche in ihrer Handlungsfähigkeit beschränkt sei, gehört nicht dem ehelichen Güterrecht an. Dies spricht weder die Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die persönliche Handlungsfähigkeit, noch der Bericht der ständerätlichen Kommission zum Bundesgesetze betreffend die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen aus, übrigens könnte darauf darum nicht abgestellt werden, weil in diesen Gesetzen selbst kein Anhaltspunkt für diese Ansicht enthalten ist. Nach dem ehelichen Güterrecht bestimmt sich allerdings, in wie weit die Ehefrau in Folge der Rechte des Ehemannes an ihrem Vermögen in der Verfügung über dasselbe beschränkt sei. Damit ist aber nicht gleichbedeutend, inwieweit die Ehefrau als solche im Stande sei, sich durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten; diese Frage hängt nicht ab von den vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe, sondern von der persönlichen Stellung, in welche die Ehefrau durch die Ehe tritt, d. h. von dem Umfang der Vormundschaft, welche dem Ehemanne über die Frau eingeräumt wird. Es ist daher auseinander zu halten, ob ein von der Ehefrau ohne Zustimmung des Ehemannes eingegangenes Rechtsgeschäft nur unwirksam sei wegen eines Rechts des Ehemannes am Vermögen der Frau, oder ob es ungültig sei wegen der Handlungsunfähigkeit derselben (s. v. Bar, Theorie und Praxis des internat. Pr. R. I S. 520).

Die persönliche Handlungsfähigkeit der Ehefrau richtet sich gemäss Art. 10 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die persönliche Handlungsfähigkeit nach dem Staate, dem sie angehört (Abs. 3 daselbst, wonach ein nach dem Rechte

seines Landes nicht handlungsfähiger Ausländer, der in der Schweiz Verbindlichkeiten eingeht, verpflichtet wird, insofern er nach schweizerischem Rechte handlungsfähig wäre, kam in casu nicht in Betracht, weil die Vorinstanz ausdrücklich festgestellt hatte, dass nach dem betr. kantonalen Rechte das streitige Rechtsgeschäft für die Beklagte unverbindlich sei). Wenn nun Art. 10 Abs. 2 des zitierten Gesetzes für die persönliche Handlungsfähigkeit der Ausländer das Recht des Staates, dem sie angehören, als massgebend erklärt, so ist darunter, wie aus einer Gegenüberstellung dieses Absatzes mit Absatz 1 desselben Artikels sich ergiebt, unzweifelhaft das Heimatrecht verstanden. Fragen könnte sich bloss, ob das Heimatrecht auch dann anzuwenden sei, wenn das Recht des fremden Staates bezüglich der Handlungsfähigkeit seiner Angehörigen nicht das Originalitäts-, sondern das Territorialprinzip anerkennt; es ist jedoch richtigerweise der Wille des Gesetzgebers dahin aufzufassen, dass er diese Frage endgültig habe entscheiden wollen, ohne Rücksicht darauf, ob das Recht des fremden Staates seine Anwendbarkeit auch auf die im Auslande wohnenden Angehörigen vorschreibe oder nicht. (Entsch. v. 6. April 1894 i. S. Fischel c. Codmann.)

---

93. *Art. 106 ff. B.-Ges. betr. Schuldbetr. und Konkurs. Sind durch diese Gesetzesbestimmungen die kantonalen Vorschriften über Provokation zur Klage in solchen Eigentums- und Pfandrechtsstreitigkeiten ausser Kraft gesetzt?*

Die Frage, welche Partei in Eigentums- und Pfandrechtsstreitigkeiten betreffend gepfändete Gegenstände nach Art. 106 B.-Ges. betr. Schuldbetr. und Konkurs als Kläger aufzutreten habe, kann nicht Gegenstand eines besonderen Civilprozesses sein, sondern ist von den Betreibungsbeamten resp. den Aufsichtsbehörden zu lösen, jedoch ohne Präjudiz für den Entscheid der Hauptsache. Gemäss Art. 334 ibid. hat daher der Bundesrat zu entscheiden, ob für jene Streitigkeiten die kantonalen Bestimmungen über die Provokation zur Klage noch anwendbar oder durch Art. 106 f. ausser Kraft gesetzt seien. (Entsch. v. 31. März 1894 i. S. Weibel c. Bersier.)

---

## B. Entscheide kantonaler Gerichte.

---

94. *Klagbarkeit von Verträgen. Erfordernis gemäss Art. 17 O. R.*

**Schaffhausen.** Urteil des Obergerichts vom 24. Februar 1893.

Der Beklagte gab dem Kläger das schriftliche Versprechen, er werde ihm dazu behülflich sein, dass er bei der Fertigung eines von ihm zu kaufenden Hauses eine gewisse Summe baar bezahlen könne. Dieses Versprechen zog der Beklagte nachträglich zurück und in Folge davon erhielt der Kläger das Haus, das er kaufen wollte, nicht zugeschlagen. Er erhob deshalb gegen den Beklagten Klage auf Schadenersatz, gegen welche der Beklagte u. a. die Einrede vorbrachte, die von ihm eingegangene Verpflichtung sei darum nicht verbindlich, weil sie sich nicht in eine der im Gesetz ausdrücklich genannten Kategorien von Obligationen einreihen lasse.

Das Obergericht äusserte sich folgendermassen:

Die Einrede entbehrt jeder Begründung. Es ist richtig, die Verpflichtung ist weder ein formelles Darleihens- noch ein Bürgschaftsversprechen. Das ist aber zur Klagbarkeit gar nicht nötig. Gegenstand eines klagbaren Vertrags kann jede beliebige Leistung sein, sofern sie nur nach Art. 17 O. R. möglich, nicht widerrechtlich oder unsittlich ist. Dass im vorliegenden Fall einer dieser Ausschlussgründe zutreffe, ist nicht behauptet. Der Beklagte konnte die übernommene Verpflichtung, dem Kläger zu dem Geld behülflich zu sein, auf verschiedene Weise erfüllen: er konnte dem Kläger das Geld baar als Darleihen geben; er konnte sich für ihn bei einem Kreditinstitut oder einem Kapitalisten verbürgen oder bei derselben Stelle für ihn Wertschriften deponieren. Das stand ganz in seiner Wahl, wenn nur der Kläger sein Geld erhielt.

Die Einrede wurde daher abgelehnt und dem Beklagten der Beweis dafür auferlegt, dass sein Versprechen an die ausdrückliche und bestimmte Bedingung geknüpft worden sei, der Kaufpreis dürfe eine bestimmte Summe nicht überschreiten. (Amtsbericht des Obergerichts 1893 S. 43.)

---

95. *Verjährung bei Kleinverkauf. Begriff des letzteren. Art. 147 Ziff. 3 O. R.*[1])

**Bern.** Urteil des App.- und Kass.-Hofes in S. Nordmann c. Jeuffroy vom 4. Mai 1893.

Die Eheleute Jeuffroy betrieben eine Schneiderei für Damenkleider und wurden an S. Nordmann für einige hundert Waarenlieferungen, die sämtlich kleine Beträge im Werte von 10 Cts. bis höchstens Fr. 160 bilden, im Laufe der Zeit Fr. 1596. 63 schuldig. Als diese Summe eingeklagt wurde, schützten die Beklagten die Einrede der fünfjährigen Verjährung vor, indem in der That seit der letzten Lieferung bis zur friedensrichterlichen Vorladung schon fünf Jahre verstrichen waren. Der Kläger bestritt, dass es sich um Kleinverkauf handle, weil sein Geschäftsumsatz auf Grosshandel beruhe. Das Gericht entschied zu Gunsten der Beklagten für Kleinverkauf.

Motive: Man hat auszugehen von der Thatsache, dass es hier ausschliesslich auf die Person des Verkäufers und nicht auf die des Käufers ankommt. Es folgt dies nicht nur aus dem Zusammenhange des Gesetzes, indem die Ansprüche aus Kleinverkauf von Waaren in Verbindung mit denen aus Handwerksarbeit, ärztlicher Besorgung u. s. w. aufgeführt werden, sondern namentlich auch daraus, dass im französischen Text von Art. 147 Ziffer 3 O. R. die Wendung gebraucht wird: les actions des marchands en détail. Die richtige Definition von „Kleinverkäufer" giebt wohl das Urteil der App.-Kammer des Zürcher Obergerichts vom 28. März 1891 (Revue IX Nr. 83). Auch der italienische Text bildet bis zu einem gewissen Grade eine Bestätigung für die Richtigkeit jener Definition (vendita di merci al minuto). Jedenfalls kann nach O. R. weder der grössere oder geringere Wert des Kaufgegenstandes noch der Umfang des Geschäftsumsatzes der Verkaufsstelle für die Bestimmung des in Rede stehenden Begriffes als ausschlaggebend angesehen werden und es erscheint somit als unerheblich, dass der jährliche Umsatz im klägerischen Geschäfte Fr. 100,000 übersteigen und ein Waarenlager im Wert von 180,000 Fr. vorhanden sein mag. Ebensowenig kommt es darauf an, ob der Käufer die Waare zu seinem eigenen Gebrauch verwendet oder sie, wie die Beklagten, weiter verwertet; die in dem Genfer Urteil (Revue X Nr. 43) aufgestellte Behauptung, dass Art. 147 Ziff. 3 auf Detailverkäufe im kaufmännischen Verkehre nicht anwendbar

---

[1]) Vergl. Revue IX Nr. 83 u. X Nr. 18 u. 43.

sei, findet im Gesetz nicht den mindesten Anhaltspunkt und verstösst gegen den Grundsatz: ubi lex non distinguit, neque nostrum est distinguere.

Im vorliegenden Fall hat der Kläger unstreitig die Waaren den Beklagten en détail in beliebigen Posten und bezw. in beliebigen kleineren Mengen verkauft und sein Anspruch stellt sich als ein Inbegriff von Forderungen aus Kleinverkauf von Waaren dar. Die Natur des Anspruches darf nicht dadurch verrückt werden, dass statt des Betrages der Einzellieferungen der Gesamtwert der verkauften Waaren als massgebender Faktor hingestellt würde. Auch der Posten von Fr. 160 fällt im Hinblick darauf, dass der betreffende Stoff zur Anfertigung eines einzigen Kleides bestimmt war, unter den Begriff des Verkaufes en détail. Ebenso spricht die Verabfolgung der Waaren gegen Eintragung in ein Büchlein und der Mangel an Fakturen dafür, dass es sich um Detailverkauf handelte, und auch die Gewährung eines Sconto von 10% an die Beklagten lässt sich nach dem Gutachten der Experten wohl mit dieser Annahme vereinigen.

(Zeitschr. des Bernischen Juristenvereins, XXX S. 123 ff.)

---

96. *Eigentumsübergang an Mobilien. Ersetzt das Retentionsrecht des Vermieters (Art. 294 O. R.) die Tradition einer beweglichen Sache, die der Vermieter vom Mieter gekauft hat (brevi manu traditio)? Art. 202 O. R.*

**Zürich** Entscheid des Obergerichts (App. K.) vom 23. Jan. 1894 i. S. Bickel c. Jenny.

H. Bickel vindizierte eine Reihe bei seinem Mieter J. eingepfändeter Fahrhabegegenstände, gestützt auf einen mit letzterem vor der Pfändung abgeschlossenen Kaufvertrag. Als diese Vindikation bestritten wurde, weil eine Tradition der Kaufobjekte an den Käufer nicht stattgefunden habe, replizierte Bickel, die körperliche Besitzesübergabe sei dadurch ersetzt worden, dass er schon vor dem Kaufabschlusse an den fraglichen Sachen als Vermieter der Räumlichkeiten, in welchen sie gelegen haben, Retentionsrechte im Sinne des Art. 294 lemma 3 des O. R. erworben habe.

Die Eigentumsklage wurde abgewiesen.

Motive: Das Retentionsrecht des Vermieters setzt nicht, wie dasjenige, welches aus Art. 224 cit. hergeleitet wird, die Verfügungsgewalt, den Gewahrsam des Gläubigers an den zu retinierenden Sachen voraus, vielmehr besteht dasselbe kraft Spezialgesetz, trotzdem diese Voraussetz-

ungen des gewöhnlichen Retentionsrechtes nicht vorliegen. (Vgl. bundesg. Entsch. Bd. XV, pag. 329 Ziff. 5 und Bd. XI pag. 78 Ziff. 2.) Der Erwerb von Retentionsrechten des Vermieters an eingebrachten Sachen steht daher der Tradition derselben, wie solche zur Perfektion des Kaufgeschäftes nötig ist, durchaus nicht gleich, vielmehr in einem strikten Gegensatze zu der letztern, derart, dass das Retentionsrecht niemals geeignet ist, die Übertragung des Besitzes zu ersetzen. Die rechtliche Lage der Dinge wird auch nicht etwa dadurch alteriert, dass der Vermieter zur Wahrung seiner Rechte einen gerichtlichen Befehl im Sinne des Art. 282 und 284 des Bundesges. über Sch. und K. erwirkt. Denn dadurch wird ihm keine direkte Verfügungsgewalt eingeräumt, sondern gemäss Art. 294 lemma 3 O. R. nur die Hilfe der zuständigen Amtsstelle dafür gewährt, so viele Sachen zurückzuhalten, als zu seiner Deckung erforderlich sind.

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch. XIII 1894 S. 100.)

---

97. *Klage auf Gewährleistung wegen Quantitätsmangels. Verjährung. Art. 246 und 257 O. R.*

**Luzern.** Urteil des Obergerichts v. 2. Januar 1893.

Xaver H. belangte den Kaspar J. auf Entschädigung im Betrage von Fr. 309. 67 und Verzugszins seit 20. Juni 1891, weil der Beklagte entgegen seinem Milchlieferungsvertrage vom 30. Oktober 1888 in der Zeit vom 1. Mai bis 11. November 1889 die versprochenen Milchlieferungen teils gar nicht, teils nicht in genügendem Mass ausgeführt habe. Der Beklagte erhob die Einrede der Verjährung, weil die Klage erst am 19. Mai 1891, also lange nach Ablauf des gesetzlich (Art. 257 O. R.) vorgeschriebenen Jahres seit nicht erfolgter bezw. ungehöriger Ablieferung der Kaufsache gestellt worden sei; ausserdem wandte der Beklagte ein, dass Kläger auch auf Grund des Art. 246 O. R. sein Reklamationsrecht verwirkt habe. Das Obergericht, in Bestätigung der erstinstanzlich massgebend erklärten Grundsätze, sprach dem Kläger 200 Fr. Entschädigung zu.

Motive: 1. Die Ansicht des Beklagten, dass die Verjährungsfrist für Klagen aus derartigen Lieferungsverträgen bezüglich jeder einzelnen Lieferung mit dem für sie bestimmten Tage beginne, muss an sich als richtig anerkannt werden und steht auch im Einklange mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts (a. S. d. Entsch. XVII S. 312 ff.). Allein im vorliegenden Falle kann die Bestimmung des Art. 257

O. R., der, abgesehen von besonderer vertraglicher Garantieübernahme, für Klagen auf Gewährleistung wegen Mangels einer Sache die Verjährungsfrist auf ein Jahr nach Ablieferung der Sache an den Käufer festsetzt, nicht Platz greifen. Denn in der vorliegenden Streitsache handelt es sich um angebliche Differenzen zwischen den vertraglich vorgesehenen und den thatsächlich innegehaltenen Lieferungsquantitäten. Dass aber die in Art. 257 berührten „Mängel einer Sache" nur als Qualitäts-, nicht als Quantitätsmängel gedacht wurden, geht deutlich hervor aus der Verbindung der betreffenden Kapitelüberschrift „Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache" mit der in Art. 243 gegebenen näheren Bezeichnung: „der Verkäufer haftet dem Käufer sowohl für die zugesicherten Eigenschaften als auch dafür, dass die Sache nicht solche Mängel habe, welche ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder erheblich mindern."

2. Was die Einrede, es sei die in Art. 246 gesetzte Reklamationsfrist nicht beachtet worden, anbetrifft, so kommt hier der exceptionelle Charakter der im besagten Artikel gegebenen Bestimmung in Betracht, welcher eine ausdehnende Interpretation derselben nicht als zulässig erscheinen lässt. Auch Art. 347 des deutschen Handelsgesetzbuches, an den sich Art. 246 O. R. angelehnt, hat die Auslegung gefunden, dass die dortige Bestimmung auf Quantitätsmängel keine Beziehung habe (s. Hahn, Kommentar zum D. H. G. B. Art. 347 S. 305). Bei der engeren Fassung des schweiz. O. R. ist mit um so mehr Berechtigung anzunehmen, dass Art. 246 Quantitätsmängel nicht beschlägt, somit hier nicht zutrifft.

(Auszüge aus den Verhandl. des Obergerichts 1893, S. 1 ff.)

---

98. *Dienstvertrag. Wichtige Gründe zur Auflösung desselben? Art. 346 O. R.*

**Zürich.** Urteil des Obergerichtes (App. Kammer) vom 19. Dez. 1893 i. S. Karrer c. Grünewald.

G., Inhaber eines Kleidermagazins, der dem Zuschneider K. die selbständige Leitung seines Saisongeschäftes an einem Kurorte übertragen hatte, liess, als er eines Abends in dieses Zweiggeschäft kam und bemerkte, dass vergessen worden war, einer Dame ein repariertes Kleid ins Hôtel zurückzuschicken, den K., der bereits in seinem Logis war, durch ein Ladenfräulein auffordern, der Bestellerin das Kleid noch persönlich zu überbringen. Als K. sich dessen weigerte, weil ihm solche Gänge nicht zugemutet werden können, sandte ihm

G. das Kleid zum zweiten Mal zu mit der Erklärung, „wenn er dasselbe nicht an den Bestimmungsort trage, solle er nur nicht mehr ins Geschäft kommen.“ K. leistete auch der erneuten Aufforderung keine Folge, betrachtete sich infolge dessen als entlassen und blieb deshalb in der That im Geschäfte aus. Als er den G. auf Bezahlung des rückständigen, sowie des weiteren Lohnes bis nach Ablauf des nächsten Kalendervierteljahres im Sinne des Art. 343 Abs. 2 O. R. belangte, gab der Beklagte G., welcher die letztere Forderung bestritt, zu, den Dienstvertrag seinerseits aufgelöst zu haben, nahm aber der Klage gegenüber den Standpunkt ein, durch das Verhalten des K. hiezu berechtigt gewesen zu sein. Die Klage wurde unter Verwerfung dieser Einrede gutgeheissen.

Motive: In der Weigerung des Klägers, ein Kleid an eine Bestellerin zu tragen, ist ein genügender Grund zur Auflösung des Dienstvertrages nicht zu erblicken. Denn wenn auch nicht allgemein gesagt werden kann, dass eine derartige Weigerung eines Zuschneiders sich unter allen Verhältnissen rechtfertige, so genügte dieselbe im vorliegenden Fall schon deshalb nicht zu einer sofortigen Entlassung, weil der Beklagte weder nachgewiesen, noch auch nur behauptet hat, dass der rechtzeitige Hintransport des Kleides auf andere Weise nicht möglich gewesen wäre und dass ihm aus dieser Omission ein Schaden gedroht habe oder dass ein solcher thatsächlich eingetreten sei.

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch. XIII [1893] S. 51.)

---

99. *Probezeit bei Dienstvertrag. Entlassung des Angestellten vor deren Ablauf unstatthaft. Art. 343 f. O. R.*

**Zürich.** Urteil der App.-Kammer des Obergerichts vom 20. Februar 1894 i. S. Hugentobler c. Goldlust.

Der Kläger wurde von den Beklagten mit Antritt auf 15. November 1893 und mit einem Monat Probezeit als Reisender angestellt. Die Beklagten waren mit seinen Leistungen nicht zufrieden und entliessen ihn am 20. November, worauf der Kläger ein Monatssalär forderte. Die Beklagten bestritten diese Forderung, weil sie berechtigt gewesen seien, den Kläger innerhalb der Probezeit jederzeit zu entlassen, und sie ihn für die fünftägige Dienstleistung durch einen ihm gemachten Vorschuss mehr als bezahlt hätten. Die Klage wurde gutgeheissen.

Motiv: Wo eine Probezeit mit bestimmter Dauer vereinbart worden ist, muss dieselbe — Mangels des Nachweises einer anderweitigen Vereinbarung durch den Dienstherrn —

dahin aufgefasst werden, es solle dem Dienstpflichtigen bis nach Ablauf derselben Gelegenheit gegeben werden, dem Dienstherrn seine Dienste zu leisten. Eine anderweitige Vereinbarung ist aber von den Beklagten weder nachgewiesen noch zum Beweise verstellt worden.

(Schweizer Blätter f. handelsr. Entsch., XIII S. 83.)

---

**100.** *Bail à louage. L'amoindrissement de la jouissance de la chose louée peut résulter d'injures adressées par le propriétaire à son locataire. Art. 277 C. O.*

**Genève.** Jugement du Tribunal de 1re instance du 20 février 1894 d. l. c. Baud c. Gabin.

Gabin, propriétaire d'un immeuble à Chambésy, a à plusieurs reprises injurié gravement son locataire Baud; il a porté contre lui des accusations mensongères et portant atteinte à son honneur et à sa considération; ces propos diffamatoires ont été tenus par Gabin dans son café au rez-de-chaussée de son immeuble et au-dessous des fenêtres de l'appartement de Baud. Celui-ci a actionné Gabin en résiliation du bail en vertu de l'art. 277 C. O. (amoindrissement notable de jouissance des locaux loués). Le Tribunal a donné gain de cause au demandeur.

Motifs: Attendu que l'amoindrissement de la jouissance qu'a eu en vue le législateur dans l'art. 277 C. O. peut résulter de faits qui n'atteignent pas la nature de la chose elle-même, mais qui consistent dans le trouble qu'apporte à cette jouissance le propriétaire ou même un tiers;

Attendu que tel est le cas dans l'espèce et que le demandeur a, dès lors, le droit de se départir du contrat, conformément aux art. 122 et 125 C. O.;

Attendu, au surplus, que le bailleur est toujours en demeure de ne pas troubler le preneur dans sa jouissance de la chose louée, et que, s'il le trouble, ce dernier peut, en vertu de l'art. 123 C. O., se départir du contrat sans autre formalité. (La Semaine judiciaire, 1894 p. 316 ss.)

---

**101.** *Bail à loyer. Application de l'Art. 280 C. O. aux troubles de fait émanés d'un tiers.*

**Genève.** Arrêt de la Cour de justice civile du 2d décembre 1893 d. l. c. Perrier et Auberson c. Fert.

Suivant bail sous seing privé, Perrier et Auberson, maîtres-charpentiers aux Eaux-Vives, ont loué de Fert, pour une

durée de 12 années dès le 1er septembre 1892, et pour le prix annuel de 738 fr., un terrain sis dans la propriété de Fert et longeant le chemin privé, soit chemin de dévestiture servant d'accès aux divers locataires du bailleur. Désirant élever une construction pour leur servir d'atelier, ils ont adressé une requête en autorisation au département des travaux publics, en vertu de l'art. 1er de la loi du 19 octobre 1878 sur l'alignement des nouvelles constructions dans la Ville de Genève et la banlieue; cette requête a été approuvée par Fert. Le département des travaux publics l'a transmise au Conseil municipal des Eaux-Vives pour préavis et celui-ci, se basant sur la loi du 22 janvier 1876 sur les chemins privés, art. 5, a préavisé qu'il n'y avait lieu d'autoriser la construction requise qu'autant qu'elle serait établie à cinq mètres de l'axe du chemin privé desservant la propriété Fert. Le Conseil d'Etat, sur le préavis du département des travaux publics, a approuvé la délibération de la commune des Eaux-Vives. En suite de cet arrêté, la construction projetée ayant été rendue impossible en raison de l'exiguité du terrain disponible, Perrier et Auberson ont assigné Fert en résiliation de bail, en restitution de fr. 369 de loyer payés d'avance et aux dépens. Fert a répondu que l'opposition de l'Etat à l'élévation de la construction projetée ne lui est pas imputable; qu'il appartient à P. et A. de faire rapporter l'arrêté du Conseil d'Etat, tandis que lui-même serait sans qualité pour le faire. Le Tribunal, après s'être transporté sur place et avoir constaté que le chemin de dévestiture desservant la propriété Fert n'est pas un chemin privé au sens légal de ce terme tel qu'il est défini par les lois du 22 janvier 1876 et du 6 juin 1868, a débouté P. et A. de leurs conclusions, se fondant sur les motifs, que les demandeurs, au moment où ils ont signé le bail, savaient que la parcelle louée bordait un chemin privé, puisqu'il est qualifié comme tel dans le bail; que, n'étant pas censés ignorer la loi, ils devaient connaître les dispositions qui régissent la matière; que, dès lors, ils ne peuvent se plaindre d'un amoindrissement de jouissance dont Fert n'est pas responsable; que, d'autre part, c'est à tort qu'ils prétendent ne pouvoir construire le hangar projeté, parce qu'en fait le chemin n'est pas un chemin légalement privé et qu'ils n'avaient pas à provoquer l'arrêté du Conseil d'Etat ni la délibération de la commune des Eaux-Vives, qui reposent du reste sur une erreur de fait.

P. et A. ont interjeté appel de ce jugement. La cour de justice a rendu l'arrêt suivant:

Aux termes de l'art. 280 C. O., si un tiers fait valoir sur la chose louée un droit incompatible avec celui du preneur, le bailleur est tenu, sur l'avertissement du preneur, de prendre fait et cause pour lui au procès, et dans le cas où le preneur serait troublé dans sa jouissance, tel que la détermine le contrat, de l'indemniser du préjudice qu'il éprouve;

En fait, P. et A. qui ont loué la parcelle dont s'agit en vue d'y exercer leur industrie, sont troublé dans leur jouissance par l'Etat et la commune des Eaux-Vives, qui prétendent sur cette parcelle à certains droits incompatibles avec cette jouissance;

Fert est, par conséquent, tenu de prendre fait et cause pour les appellants, et de provoquer le retrait de l'arrêté dont s'agit qui paraît reposer sur une erreur de fait, sinon d'indemniser P. et A. du préjudice qu'ils éprouvent;

En effet, bien que l'art. 280 C. O. vise spécialement le cas où un tiers fait valoir en justice des droits incompatibles avec ceux du preneur, les commentateurs du Code et notamment Rossel p. 359 sont d'accord pour l'appliquer aux troubles de fait de même que l'art. 284;

En second lieu, c'est à tort que Fert prétend n'avoir pas qualité pour recourir contre l'arrêté dont s'agit, parce qu'il ne l'aurait pas provoqué;

En effet, il a, d'une part, contresigné la requête de P. et A., et, d'autre part, l'arrêté n'est pas rendu pour valoir seulement pendant la durée du bail de P. et A., mais pour valoir aussi longtemps qu'il n'aura pas été rapporté, en sorte qu'après l'échéance normale ou la rupture du bail des appelants, il sera opposable, soit à Fert lui-même, soit à ses futurs locataires ou autres ayants droit;

C'est donc le cas, avant de statuer au fond, et sous réserve du droit pour les appelants de réclamer tous dommages-intérêts, d'impartir à Fert un délai pour provoquer, s'il le juge convenable, le retrait ou l'annulation de l'arrêté en question. (La Semaine judiciaire 1894 p. 87 ss.)

---

102. *Transport par chemin de fer. Présomption de responsabilité à la charge de la compagnie. Preuve contraire, Art. 31, 33 loi féd. du 20 mars 1875 sur les transports par chemins de fer. Art. 119 du règlement de transport du 1er juillet 1876.*

**Vaud.** Jugement du Tribunal cantonal du 21 février 1894 d. l. c. Soc. fonc. de Granges c. Jura-Simplon.

En juillet 1892, la Société foncière et industrielle de Granges a acheté de Ch. Gugenheim & Co., à Gênes, 102 sacs

de blé de 125 kilos. Ce blé doit être arrivé aux entrepôts de Genève le 9 juillet. Il a été expédié de là le 15 juillet et est arrivé à destination le 18 dit au milieu de la journée. A l'arrivée de la marchandise, celle-ci paraissant avoir souffert, une commission d'experts fut constituée, et le lendemain 19, elle dressa un procès-verbal duquel résultent les conclusions suivantes: Trois sacs ont été mouillés en cours de transport de Genève à Granges par suite du mauvais état de la bâche recouvrant le wagon transporteur; les autres ont été mouillés antérieurement au chargement à Genève. L'avarie a été produite par un séjour prolongé du blé mouillé dans les toiles avant son chargement à Genève, et le dommage s'élève à 6 fr. 50 par sac, soit pour 99 sacs, à 663 fr. Pour les trois sacs mouillés par la bâche, le dommage est le même que pour les autres.

Par exploit du 7 décembre 1892, la Société de Granges a ouvert action au Jura-Simplon en paiement de la somme sus indiquée de 663 fr. La compagnie défenderesse, tout en offrant 19 fr. 50 pour l'avarie constatée aux trois sacs dont il est question plus haut, a conclu à libération pour le surplus. Une seconde expertise faite en cours du procès a constaté que l'avarie devait provenir d'une cause antérieure à la remise de la marchandise au Jura-Simplon. Statuant sur ces faits, le Tribunal civil du district de Lausanne a, par jugement du 14 décembre 1893, admis les conclusions de la demanderesse. Ce jugement est fondé sur les motifs résumés ci-après: Si les éléments du litige se bornaient à ce que, suivant le résultat des expertises, les sacs ont été mouillés antérieurement au chargement à Genève, le Jura-Simplon aurait ainsi administré la preuve tendant à la décharge de la présomption légale invoquée contre lui. Mais, si les sacs ont été mouillés avant le chargement, ils étaient mouillés lors de leur réception par le Jura-Simplon sans que cette compagnie ait pris soin de faire constater la chose. La compagnie a commis une négligence en laissant passer l'avarie sans la signaler, et en acceptant la marchandise comme intacte. La demanderesse est restée étrangère à ce qui s'est fait à Genève et ne peut être rendue responsable de ce que le chemin de fer a reçu la marchandise sans réserve.

La compagnie du Jura-Simplon a recouru contre ce jugement, et le Tribunal cantonal a admis le recours et réformé le jugement de première instance en ce sens que les conclusions libératoires de la réponse sont admises, sous l'offre faite par le Jura-Simplon de payer 19 fr. 50 à la demanderesse.

Motifs: Considérant que l'art. 31 de la loi fédérale du 20 mars 1875 sur les transports par chemins de fer dispose, à son premier alinéa, que toute avarie est présumée avoir eu lieu après la réception de la marchandise par le chemin de fer, si dans la lettre de voiture il n'est fait aucune mention que la marchandise était avariée au moment de sa consignation.

Qu'à teneur de l'art. 119 du règlement de transport du 9 juin — 1er juillet 1876, l'administration répond de tout dommage affectant la marchandise, depuis le moment de son acceptation jusqu'au moment de la livraison à la destination indiquée dans la lettre de voiture, sauf, entre autres, dans le cas où l'avarie provient de décomposition intérieure, ou de défectuosités dans l'emballage, qui ne sont pas extérieurement reconnaissables.

Que la présomption légale, dont parle l'art. 31 précité, est une conséquence du monopole accordé aux compagnies de chemins de fer, mais qu'elle n'est pas absolue, car aux termes de l'art. 33, même loi, elle peut être surmontée par la preuve contraire.

Considérant que dans l'espèce, le Jura-Simplon a reçu, le 15 juillet 1892, des entrepôts de Genève, 102 sacs de blé à destination de Granges, et qu'il en a opéré le chargement sans formuler aucune réserve dans la lettre de voiture accompagnant la marchandise.

Qu'au moment du chargement, la marchandise en question était déjà avariée, ainsi que cela résulte des conclusions des expertises.

Qu'à ce moment là, le transporteur aurait dû insérer une réserve dans la lettre de voiture, mais que la conséquence de la négligence qu'il a commise en ne le faisant pas n'est nullement de le rendre responsable de l'avarie, mais de l'obliger à opérer la preuve destinée à surmonter la présomption légale (art. 31 et 33).

Que la compagnie du Jura-Simplon a administré cette preuve et qu'elle a établi au procès que sur les 102 sacs de blé en question, 99 étaient mouillés antérieurement au 15 juillet, et 3 de date plus récente.

Qu'il en résulte donc que l'avarie étant antérieure au chargement, sauf pour trois des sacs, le transporteur doit être déchargé de la responsabilité que lui a attribué à tort le jugement dont est recours.

(Journal des Tribunaux 1894 p. 147.)

---

103. *Konkordat über Gewähr der Viehhauptmängel vom 16. August 1853. Verhältnis von § 17 zum übrigen Inhalt.*

**Thurgau.** Urteil des Obergerichts vom 27. November 1893 i. S. Baumann c. Knup.

Am 19. Juli 1893 kaufte J. Baumann von der Wwe. Knup eine Kuh zum Schlachten um den Preis von Fr. 250. Am folgenden Tage wurde die Kuh geschlachtet; dieselbe erwies sich als finnig, weshalb sie vom Käufer der Verkäuferin zurückgeboten wurde. Diese machte der Viehassekuranz Hefenhofen Anzeige, die sich aber weigerte, das Fleisch zurückzunehmen, weil die Kuh bei der Besichtigung durch einen Vertreter der Viehassekuranz bereits ausgeweidet und die Haut ganz vom Tiere getrennt war. Darauf wurde das Fleisch unter Leitung der Ortsvorsteherschaft Amrisweil öffentlich versteigert, wobei sich ein Nettoerlös von Fr. 151.05 ergab, welcher bei der Ortsvorsteherschaft Amrisweil deponiert wurde. Baumann verlangte nun von Wwe. Knup Rückgabe des Kaufpreises, sowie eine Entschädigung von Fr. 8 für das Schlachten. Die Beklagte lehnte die Zahlungspflicht ab, weil der Kläger zur Konstatierung des behaupteten Währschaftsmangels ein unrichtiges Verfahren eingeschlagen habe und das Fleisch von einer unzuständigen Behörde versteigert worden sei; sie bestritt auch die Identität der von ihr verkauften mit der versteigerten Kuh.

Die erste Instanz verwarf die formellen Einreden der Beklagten und ordnete über die bestrittene Identität ein Beweisverfahren an. Hiegegen appellierte die Beklagte und machte geltend: vorerst seien die Vorschriften des Viehwährschaftskonkordates betreffend das Verfahren bei Konstatierung von Viehhauptmängeln nicht beobachtet worden; zweitens sei auf Grund einer allgemeinen Uebung eine Rückbietung auch deshalb ausgeschlossen, weil im Momente, als der Vertreter der Appellantin, bezw. die Viehassekuranz Hefenhofen, die Identität der Kuh habe konstatieren wollen, die Haut schon ganz von dem Tiere getrennt gewesen sei; endlich sei der Appellat bei der Veräusserung des Fleisches in eigenmächtiger, ungesetzlicher Weise vorgegangen. Der Appellat hielt dem entgegen, dass der § 17 des Konkordates für Schlachtvieh eine Ausnahmebestimmung aufstelle, und dass die Formvorschriften des Konkordates nur auf die Feststellung von Mängeln bei lebendem Vieh sich bezögen. Die Trennung der Haut könne nur den Identitätsbeweis erschweren, nicht aber die Verwirkung des Klagerechtes zur Folge haben; die

Versteigerung des Fleisches sei unter amtlicher Leitung vorgenommen worden und könne von der Appellantin nicht mit Grund bemängelt werden.

Das Obergericht erklärte die Appellation als unbegründet.

Motive: Der § 17 des Viehwährschaftskonkordates enthält eine zu den vorausgehenden Vorschriften im Gegensatze stehende Ausnahmebestimmung. Während der § 1 des Konkordates von dem Handel mit Rindvieh im allgemeinen spricht, ist in § 17 speziell von Rindvieh, das zum Schlachten veräussert wird, die Rede; während nach § 3 das Vorhandensein eines Gewährsmangels zur Wandelungsklage berechtigt, kann im Falle des § 17 nur die Minderungsklage angestellt werden; während nach den §§ 1 und 3 schon das Vorhandensein eines Gewährsmangels an und für sich, ganz abgesehen von dem mehr oder weniger vorgeschrittenen Stadium der Krankheit, die Gewährspflicht begründet, liegt bei § 17 der Schwerpunkt darin, dass infolge einer Krankheit der Verkauf des Fleisches ganz oder teilweise untersagt wird. Dass die Formvorschriften des Konkordates betreffend das Verfahren bei Konstatierung von Währschaftsmängeln auf lebendes Vieh sich beziehen, ergiebt sich augenscheinlich aus den §§ 10 und 11; bezögen sie sich auch auf geschlachtetes Vieh, so wäre der § 17 überflüssig; es ist nun aber zu präsumieren, dass auch diesem Paragraph eine selbständige Bedeutung zukomme. Ein verschiedenartiges Verfahren, je nachdem es sich um lebendes oder geschlachtetes Vieh handelt, rechtfertigt sich auch nach der Natur der Sache, indem es viel einfacher ist, bei einem getödteten als bei einem lebenden Tiere das Vorhandensein eines organischen Fehlers festzustellen, weshalb denn auch im erstern Falle ein weniger formelles Verfahren notwendig ist als bei der Untersuchung von lebendem Vieh. Die gleiche prinzipielle Auffassung über das Verhältnis des § 17 zu den übrigen Bestimmungen des Konkordates findet sich in der zürcherischen Gerichtspraxis ausgesprochen (vgl. Ullmer Nr. 2073 u. 3338), und es liegt daher der Anschluss des herwärtigen Obergerichts an diese Praxis auch im Interesse einer gleichmässigen Rechtsprechung der Konkordatskantone. Auf Grund dieser Erwägungen findet das Obergericht, dass der Appellat, welcher von der Appellantin unbestrittenermassen eine Kuh zum Schlachten gekauft hat, zur Beobachtung der für die Feststellung von Gewährsmängeln bei lebendem Vieh vorgeschriebenen Formalitäten nicht verpflichtet war und daher durch die Nichtbeachtung dieser Formalitäten sein Klagerecht nicht verwirkt hat.

Gegenüber der zweiten Einrede der Appellantin ist zu bemerken, dass weder eine gesetzliche Vorschrift, noch eine allgemeine Uebung besteht, wonach das Fleisch eines Tieres nach vollständiger Entfernung der Haut nicht mehr zurückgeboten werden könnte oder die Minderungsklage nicht mehr zulässig wäre. Die gänzliche Ablösung der Haut hat lediglich eine Erschwerung des Identitätsbeweises, keineswegs aber die Verwirkung des Klagerechtes zur Folge.

Was schliesslich die dritte Einrede der Appellantin wegen angeblich eigenmächtiger Veräusserung des Fleisches anbelangt, so ist zuzugeben, dass richtiger Weise auch die Appellantin von der Versteigerung des Fleisches speziell hätte in Kenntnis gesetzt werden sollen. Allein andrerseits muss konstatiert werden, dass die Versteigerung durch die ordentliche Gantbehörde publiziert und geleitet wurde; dass die sofortige Versteigerung mit Rücksicht auf die heisse Jahreszeit im eigenen Interesse der Appellantin lag, und dass ein Mindererlös wegen der unterlassenen Benachrichtigung der Appellantin in keiner Weise wahrscheinlich gemacht werden konnte. Unter diesen Verhältnissen kann auch von einer Verwirkung des Klagerechtes wegen ungesetzlichen Verfahrens bei der Versteigerung nicht die Rede sein; es sind somit die sämtlichen drei Einreden als unbegründet abzuweisen und ist dem von der ersten Instanz angeordneten Beweise über die bestrittene Identität stattzugeben.

---

104. *Distribution du produit des biens réalisés avant la déclaration de faillite. Art. 116, 124, 144 à 150, 199 L. P. et F.*

**Neuchâtel.** Jugement du Tribunal cantonal du 27 juillet 1893 d. l. c. Lambelet c. masse Steffen.

Le 1er février 1893, C.-H. Lambelet, créancier à cette date d'Ulrich Steffen d'une somme de fr. 2021. 70, a fait opérer une saisie sur 21 fromages appartenant à son débiteur. Steffen a été déclaré en faillite par un jugement du tribunal du Locle; la faillite date du 28 février 1893. Antérieurement à la déclaration de faillite, soit le 22 février, les fromages ont été réalisés, cela en application de l'art. 124 L. P. et F. Le prix de vente, s'élevant à fr. 630, a été payé le même jour à l'office des poursuites et celui-ci a remis cette somme, le 2 mars, à l'office des faillites du Locle, sur demande spéciale de ce dernier office. Dans la faillite, Lambelet, se fondant sur l'art. 199, al. 2 L. P., a demandé la sortie à son profit exclusif de la somme de fr. 630. Cette prétention a

été contestée par la commission de surveillance qui n'a admis la production de L. qu'en $V^e$ classe. Lambelet s'est porté demandeur et a conclu, en se fondant sur les art. 124 et 199 L. P. et F., à ce que la somme de fr. 630 fût distribuée en conformité des articles 144 à 150 L. P. Dans sa réponse, la masse St. expose ce qui suit: En vertu de l'art. 199 al. 1 L. P. les objets mobiliers saisis par L. sont rentrés dans la masse; l'art. 116 ne permet au créancier de requérir la vente des biens saisis qu'un mois au plus tôt après la saisie. D'où il faut conclure que la saisie ne donne au créancier un droit réel qu'un mois au moins après qu'elle a eu lieu; l'art. 124 ne doit pas avoir pour effet de donner au créaucier un droit de préférence sur le produit d'une vente qu'il n'a pas le droit de requérir.

Le tribunal a déclaré que les conclusions de la demande sont bien fondées.

Motifs: Il résulte d'une déclaration produite en procédure, de l'office des poursuites des Ponts-de-Martel, „que la saisie du $1^{er}$ février 1893 a été réalisée le 22 février suivant, à cause de la nature de la marchandise et du consentement du créancier et du débiteur.“ Cette réalisation doit donc être envisagée comme ayant eu lieu en vertu de l'art. 124 L. P., soit qu'on la considère comme une mesure conservatoire ordonnée par le préposé (art. 124 al. 2), soit qu'on admette qu'elle a eu lieu à la demande du débiteur (art. 124 al. 1). Dans l'un et l'autre cas, cette réalisation paraît régulière en tant que fondée sur une disposition formelle de la loi.

Or, l'art. 199 dispose que les biens saisis, non réalisés au moment de l'ouverture de la faillite, rentrent dans la masse, mais que le produit des biens réalisés est distribué en conformité des art. 144 à 150. Cette disposition est formelle et sans réserves; elle ne fait pas en particulier la distinction que la masse défenderesse cherche à établir entre la réalisation qui a lieu à la requête du créancier, soit un mois et dix jours au moins après la saisie (art. 116 et 122) et celle qui est ordonnée à la demande du débiteur ou d'office et qui peut avoir lieu même avant que le créancier ne soit en droit de la requérir (art. 124).

(Jugements du Tribunal cantonal, III p. 194 ss.)

Anm. der Redaktion: Gegen dieses Urteil dürften doch gewichtige Bedenken begründet sein. Der Absicht des Gesetzes entspricht wohl eher die Auffassung der Aufsichtskommission, zumal in solchem Falle, wo ein vorsorglicher Verkauf wegen der Beschaffenheit der Waare stattfindet, der ohne diese Rücksicht vom Gläubiger nicht hätte verlangt werden können und nicht erfolgt wäre.

---

**105.** *Mietretentionsrecht. Voraussetzung für bezügliche Exekutionsmassregeln. Art. 283 B. G. über Betr. und Konk.*

**Baselstadt.** Urteil des Civilgerichts vom 9. März 1894 i. S. Seeger c. Reber.

Seeger hatte von Reber ein Ladenlokal für Betrieb eines Spezereigeschäfts gemietet. Im Laufe der Mietzeit liess der Vermieter zur Wahrung seines Retentionsrechtes für seine Mietzinsforderung durch das Betreibungsamt die Retentionsurkunde (Mietverbot) aufnehmen; das Betreibungsamt inventierte nicht nur einigen Hausrat in der Wohnung, sondern auch die Waaren im Ladenlokale des Seeger und verbot ihm die Veräusserung der inventierten Retentionsobjekte. Hiefür und für weitere vorgebliche Benachteiligungen erhob dann Seeger Klage gegen Reber auf Schadenersatz; er erklärte, das vom Beklagten erwirkte Veräusserungsverbot sei ganz ungerechtfertigt gewesen. Beklagter hinwiederum behauptete, es sei durch heimliche Fortschaffung von Gegenständen veranlasst worden. Das Civilgericht verurteilte ihn zu einer Entschädigung an den Kläger und äusserte sich über die Statthaftigkeit solcher Beschlagnahmen folgendermassen:

Der Inhalt und die Folgen des Retentionsrechtes des Vermieters werden durch das Obligationenrecht bestimmt, das Betreibungsgesetz will, — seiner Aufgabe entsprechend — nur das Verfahren bei der Geltendmachung des Retentionsrechtes regeln; wenn daher das Betreibungsgesetz in Art. 283 dem Vermieter das Recht giebt, die Hülfe des Betreibungsamtes zur Wahrung seines Retentionsrechtes in Anspruch zu nehmen und dabei für den Inhalt des Retentionsrechtes noch ausdrücklich aut die einschlägigen Artikel des materiellen Rechtes, des Obligationenrechtes, verweist, so will es diese Mithülfe nur in denjenigen Fällen zulassen, in welchen das Obligationenrecht eine vorsorgliche Exekutionsmassregel zu Gunsten des Vermieters zulässt, nämlich nur dann, wenn der Mieter wegziehen oder Retentionsobjekte fortschaffen will.

Unter Fortschaffen von Retentionsobjekten ist nun offenbar nicht jede im Rahmen des gewöhnlichen Betriebs befindliche Veräusserung, oder gar jedes Fortbringen derselben aus den Mieträumen verstanden, sondern es muss eine ungewöhnliche zur Schmälerung der Deckung des Vermieters erfolgte Veräusserung, ein Wegschaffen behufs definitiven Entzugs vorliegen. Ein Wegschaffen von Waren, ohne dass entsprechender Ersatz erfolgt wäre, ist nicht nachgewiesen;

auch das Fortbringen eines Mobiliarstückes kann nicht zur Sicherung des Retentionsrechts durch Mietverbot Anlass geben, da es ja an sich so gut zum Zweck der Reparatur und dgl. als definitiver Beiseiteschaffung erfolgen kann. Seiner scharfen Wirkung wegen ist das Mietverbot vom Gesetz nur bei einer dem Vermieter drohenden Gefahr zugelassen. Zur Aufnahme der Retentionsurkunde lag also keine genügende Veranlassung vor. Das Betreibungsgesetz hat jedoch für den durch ein solch ungerechtfertigtes Vorgehen des Vermieters entstandenen Schaden keine objektive Haftbarkeit des Vermieters festgestellt, wie sie zu Gunsten des Arrestbetroffenen nach Art. 273 besteht. Dagegen ist die widerrechtliche Beschlagnahme einem Verschulden des Beklagten zuzuschreiben, der sich die Folgen seines Vorgehens klar machen musste.

Sein Verschulden ist auch darum nicht geringfügig, weil er voraussehen musste, dass durch das Veräusserungsverbot der hauptsächliche Vertragszweck, die Benützung des Ladens, unmöglich werde. Der Beklagte wendet mit Unrecht ein, Kläger hätte sein Geschäft weiter betreiben können, einen eventuellen Schaden habe Kläger daher durch sein Schliessen des Ladens selber verursacht. Dem Kläger war vielmehr jede Veräusserung unter Strafandrohung verboten.

Der Beklagte ist daher für seine unerlaubte Handlung haftpflichtig, soweit nachgewiesen wurde, dass durch sie Schaden entstand. Der Schaden besteht wesentlich darin, dass der Kläger während der grössten Zeit seiner Vertragsdauer das weitaus wichtigste Mietobjekt, das Ladenlokal, nicht gebrauchen konnte; es kann desshalb der Beklagte für diese Zeit kein Aequivalent für die von ihm gehinderte Benützung, keinen Mietzins für das Ladenlokal verlangen. Der Schaden des Klägers besteht aber darüber hinaus noch im entgangenen Geschäftsgewinn, und wenn man auch Mangels näheren Nachweises eine ganz mässige Rendite annimmt, so geht man nicht zu weit, den Gesamtschaden des Klägers auf den vollen Betrag seines halbjährlichen Mietzinses mit Fr. 475.— zu schätzen, und somit den Kläger von seiner Mietzinsschuld zu liberieren.

---

## A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

106. *Art. 56 B.-Ges. betreffend Organisation der Bundesrechtspflege*; *Art. 441 O. R. 1) Rechtsmittel der Berufung an das Bundesgericht in Civilsachen, Voraussetzungen; 2) Frachtvertrag und Speditionsvertrag, örtlich anwendbares Recht; 3) Haft des Spediteurs.*

S. in Basel hatte Ende 1892 an zwei Firmen in Bukarest eine Partie von eisernen Trägern und Walzdraht verkauft, lieferbar mit dem ersten Frühjahrsdampfer. Diese Ware hatte er aus einem Eisenwerk in Neunkirchen (preussische Rheinprovinz) bezogen und P. & M. in Basel mit dem Transport von dort nach Antwerpen beauftragt, wo sie von seinen Spediteuren in Empfang genommen und nach dem rumänischen Hafen verschifft werden sollten. Die Ware langte jedoch in Antwerpen erst an, als der erste Orientdampfer Konstantino inzwischen bereits abgefahren war. S. entzog nun den Seetransport dem S. & Cie und ermächtigte P. & M., die Partie durch B. in Antwerpen nach Braila zu verfrachten. Dieser B. verzögerte die Verschiffung der Ware, weshalb S. den P. & M. auf Schadenersatz belangte. Aus den Motiven des die Klage grundsätzlich gutheissenden Urteils des Bundesgerichts entnehmen wir folgendes:

1. Seitens P. & M. ist die Kompetenz des Bundesgerichts bestritten worden, mit der Begründung, dass die beiden in Frage kommenden Speditionen nicht nach schweiz. O. R., sondern nach ausländischem Recht zu entscheiden seien, indem für den Transport Neunkirchen-Antwerpen vom Spediteur ausdrücklich die Bedingungen der am Transport beteiligten ausländischen Transport-Anstalten zu Grunde gelegt seien, und indem für den Transport Antwerpen-Braila nach der Natur der Sache ebenfalls die Regeln und das Recht der zum Transport benützten ausländischen Schifffahrt massgebend wären, wenn überhaupt die Kläger für diese Strecke als Frachtführer haften würden. Diese Einwendung ist je-

doch unbegründet. Einmal wäre die Kompetenz des Bundesgerichts gemäss Art. 56 des B.-Ges. über die Organisation der B.-R.-pflege schon aus dem Grunde hergestellt, weil die vorliegende Streitigkeit vom kantonalen Gericht unter Anwendung eidgenössischen Rechts entschieden worden ist, sodann aber ist auch der Standpunkt von P. & M., als sei hier nicht schweizerisches, sondern ausländisches Recht allein massgebend, durchaus unrichtig. Allerdings kann weder von der Anwendung des eidgen. Transportgesetzes, noch der internationalen Uebereinkunft betreffend den Eisenbahnfrachtverkehr vom Jahre 1890 die Rede sein, indem es sich hier um Eisenbahntransport überall nicht handelt. Bezüglich der Frage sodann, nach welchem örtlichen Rechte der Streit zu entscheiden sei, ist entscheidend, dass sowohl der Frachtvertrag für den Transport von Neunkirchen nach Antwerpen als auch die Unterhandlungen der Parteien bezüglich der Weiterspedition durch B. von dort nach Braila in Basel abgeschlossen wurden, und dass nach der in Doktrin und Praxis herrschenden Ansicht der Frachtvertrag nach dem Rechte des Ortes beurteilt wird, an welchem der Vertrag abgeschlossen wurde (s. Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts Bd. II, § 295). Nach schweiz. Recht ist daher zu entscheiden, ob die Uebergabe des Weitertransportes an B. durch P. & M. auf einem zwischen den Parteien abgeschlossenen Transportvertrag, oder auf einem blossen Auftrag beruht habe, und in welchem Masse P. & M. dem S. für den von ihnen übernommenen Transport haften. Es muss um so eher angenommen werden, dass die Parteien für ihr Rechtsverhältnis unter einander das schweizerische Recht als massgebend betrachtet und vorausgesetzt haben, als vor den kantonalen Instanzen mit keinem Wort die Anwendbarkeit ausländischen Rechtes erwähnt, vielmehr seitens P. & M. selbst dem eidgen. O. R. gerufen worden ist. Daraus, dass für den Rheintransport die Bestimmungen der ausländischen Rheinschifffahrtsgesellschaft galten, folgt noch nicht ohne weiteres, dass die Parteien die Anwendung ausländischen Rechts auf das zwischen ihnen bestehende Rechtsverhältnis gewollt haben; ebenso wenig rechtfertigt der von P. & M. vor Bundesgericht eingenommene Standpunkt einen derartigen Schluss; denn P. & M. bezweckten damit nicht etwa die Entscheidung des Rechtsstreites auf Grund ausländischen Rechts, sondern wollten einfach erreichen, dass das Bundesgericht auf die Sache nicht eintrete, und damit das kantonsgerichtliche Urteil in Rechtskraft erwachse.

2. Was den Transport von Antwerpen nach Braila betrifft, so fragt sich vor allem, ob die Kläger diese Weiterversendung als Spediteure übernommen haben, oder ob sie bloss, wie sie behaupten, die Vermittlung eines diesfälligen Speditionsvertrages zwischen S. und B. in Antwerpen besorgt haben, in welch' letzterem Fall sie für den Transport Antwerpen-Braila nicht mehr als Frachtführer haften würden, sondern nur für richtige Ausführung ihres Auftrages verantwortlich wären. Bei dieser Frage ist das Bundesgericht an den Entscheid der Vorinstanz nicht gebunden; derselbe enthält nicht eine Feststellung von Thatsachen, sondern ein Urteil über die rechtliche Natur der zwischen den Parteien getroffenen Abmachung. Zu entscheiden ist, ob diese letztere die rechtlichen Merkmale eines Speditionsvertrages, oder aber bloss diejenigen eines an die Kläger gerichteten Auftrages zur Uebergabe der Spedition an B. trage; ob hiebei die Vorinstanz richtig geurteilt habe, ist Rechtsfrage und unterliegt daher der Ueberprüfung durch das Bundesgericht. In Betracht kommt nun, dass P. & M. mit B. in eigenem Namen abgemacht und ihm den Namen ihres Auftraggebers nicht genannt haben; danach bestand also ein Vertrag zwischen S. und P. & M. einerseits und zwischen diesen letztern und B. andererseits, nicht aber ein solcher zwischen S. und B. P. & M. setzten für Fracht und Assekuranz einen an sie zu zahlenden Einheitspreis fest, und zwar nicht den gleichen, um welchen sie mit B. abgemacht hatten. P. & M. hatten mit B. gemeinsame Sache gemacht; sie hatten sich von seiner Spesennote, die er nicht etwa an S., sondern an sie zu senden hatte, einen Abzug von 2 ½ % als Provision ausbedungen, und sprachen denn auch dem B. gegenüber von einem „gemeinschaftlichen Geschäft". — Mit dieser Haltung stimmt überein, dass P. & M. Anfangs, als Beklagter mit seinen Schadenersatzansprüchen hervortrat, ihn nicht etwa an B. verwiesen, sondern nur den Standpunkt einnahmen, ihre Haftbarkeit gehe nicht weiter als diejenige ihres Nachmannes. Erst später machten sie geltend, sie seien bei dem Abschluss mit B. nur Vermittler gewesen und hafteten daher für dessen Fehler nicht. Angesichts dieser Thatsachen muss angenommen werden, P. & M. haben die Weitersendung der fraglichen Ware von Antwerpen bis Braila für Rechnung des S., aber in eigenem Namen zu besorgen übernommen, sie haben also mit dem Beklagten bezüglich dieses Transportes einen Speditionsvertrag abgeschlossen. Nach Art. 448 O. R. gelten sie demnach als Frachtführer und unterliegen

den Bestimmungen der Art. 449 u. ff. O. R. über den Frachtvertrag. Haften die Kläger dem Beklagten nach dem Gesagten als Frachtführer, so haben sie demselben nach Art. 458 O. R. für allen Schaden Ersatz zu leisten, welcher aus der behaupteten Verspätung in der Ablieferung entstanden ist, sofern sie nicht die in Art. 457 Abs. 1 O. R. genannten Befreiungsgründe darthun können. (Entsch. vom 9. Juni 1894 i. S. Sommer c. Preiswerk & Murbach.)

---

107. *Art. 63 u. 64 B.-Ges. betreffend Organisation der B.-Rechtspflege. Anwendbarkeit dieser Bestimmungen auf die im Adhäsionsprozesse erlassenen Civilurteile.*

Die im Adhäsionsprozesse gleichzeitig mit einem Strafurteil ergangenen Civilentscheide eines Strafgerichts unterliegen in keiner Weise der Berufung an das Bundesgericht, wie die im gewöhnlichen Civilprozess gefällten Urteile (s. Amtliche Sammlung der bundesgerichtlichen Entscheidungen, IX, S. 551 u. ff. und XVII, S. 158, Urteil des Bundesgerichts in Sachen Ricordi & Cie gegen Nicolini, v. 25. Nov. 1893). Das adhäsionsweise erlassene Urteil über den Civilanspruch ist nicht Strafurteil, noch blosser Teil eines solchen, sondern wirkliches Civilurteil; auf dasselbe sind auch die Vorschriften des Art. 63 B.-Ges. betreffend die Organisation der Bundesrechtspflege v. 22. März 1893 anwendbar, und ist daher auch hier nach Ziff. 3 dieses Artikels im Urteil selbst das Ergebnis der Beweisführung festzustellen. Ist dies nicht geschehen und — da die Parteiverhandlung eine rein mündliche war und über dieselbe auch kein Sitzungsprotokoll geführt wurde — das Bundesgericht nicht in der Lage, zu beurteilen, welcher Prozessstoff dem kantonalen Urteile zu Grunde gelegen hat und in welcher Weise derselbe gewürdigt worden ist, so muss die Sache zur Vervollständigung des Urteils an das kantonale Gericht zurückgewiesen werden. Das Verdikt kann die vorgeschriebene Zusammenfassung des Beweisergebnisses nicht ersetzen, dasselbe bezweckt nicht eine Feststellung der auch für den Civilentscheid massgebenden Thatsachen, sondern es enthält ein Urteil darüber, ob gewisse strafrechtlich relevante Thatsachen vorliegen und ob darauf die in Frage stehenden strafrechtlichen Begriffe Anwendung finden. Der Civilentscheid beruht nun bei der Festsetzung der Entschädigung wegen Körperverletzung auf der Beweiserhebung über den Betrag der Kosten und die Grösse der Nachteile gänzlicher oder teilweiser Arbeitsunfähigkeit (Art. 53

O. R.); in Betracht ist ferner zu ziehen, ob eine Verstümmelung oder Entstellung eingetreten sei, durch welche das Fortkommen des Verletzten erschwert wird (Art. 53 Abs. 2); ob besondere Umstände vorhanden seien, die auch abgesehen vom Ersatz erweislichen Schadens eine angemessene Entschädigungssumme rechtfertigen (Art. 54), und namentlich auch, ob und inwieweit auch dem Beschädigten ein Verschulden beizumessen sei (Art. 51), sowie ob die Schädigung durch Notwehr entschuldigt werde (Art. 56). Die zur Entscheidung dieser Fragen erforderliche thatsächliche Feststellung enthält der Wahrspruch nicht. Bezüglich der Frage der Notwehr bestimmt Art. 59 O. R. ausdrücklich, dass der Civilrichter nicht an eine Freisprechung durch das Strafgericht gebunden ist; es muss also der Civilrichter an Hand der Akten selbständig zu prüfen in der Lage sein, ob die Voraussetzungen der Notwehr vorhanden seien; auch ist fraglich, ob der in Art. 56 O. R. erwähnte Begriff der Notwehr sich decke mit dem im Strafurteil angewendeten Begriffe. (Entsch. vom 9. Dez. 1893 i. S. Minder c. Kräuchi.)

---

108. *Art. 67 B.-Ges. betr. Organisation der Bundesrechtspflege. Erfordernisse der Berufungserklärung und der in Art. 67 Abs. 4 ibid. vorgesehenen Rechtsschrift.*

H. hatte gegen ein kantonalgerichtliches Urteil folgende Berufungsschrift eingelegt:

„Namens N. N. lege ich hiemit gegen das Urteil des K.-G. von A. v. 8. dies i. S. N. c. Sch. Berufung ein, und zwar gegen das Urteil als Ganzes.

„Für die Begründung meiner Berufung verweise ich ausdrücklich auf meine beiden, im Prozesse vor den kantonalen Instanzen eingegebenen Rechtsschriften, welche das ganz gleiche enthalten, was ich vor Ihrem Forum geltend zu machen habe.

„Ich unterlasse es deshalb, weitere Rechtssätze anzuführen, indem ich diese beiden Eingaben als die im Art. 67 Abs. 4 B.-Ges. über Organisation der Bundesrechtspflege verlangten anzusehen bitte.

„Gleichzeitig lege ich die betreffenden Akten, Ziff. 1—7, sowie das Urteil des Kantonsgerichts und meine Kostennote bei."

Das B.-Gericht trat auf die Sache nicht ein. Gründe: Art. 67 Abs. 2 des Organis.-Ges. schreibt vor, es sei in der Berufungserklärung anzugeben, inwieweit das Ur-

teil des kantonalen Gerichts angefochten werde, und welche Abänderungen beantragt werden. Ausserdem hat der Berufungskläger, wenn der Wert des Streitgegenstandes den Betrag von 4000 Fr. nicht erreicht, der Berufungserklärung eine Rechtsschrift beizulegen, welche die Berufung begründet.

Die in Art. 67 Abs. 2 vorgeschriebene gesetzliche Form der Berufungserklärung ist nun vom heutigen Rekurrenten nicht erfüllt worden; seine Berufungserklärung enthält keine Anträge auf Abänderung des kantonalgerichtlichen Urteils. Die Erklärung, es werde Berufung gegen das Urteil als Ganzes eingelegt, kann diesen Mangel nicht ersetzen; dass hier in Verbindung mit dem Inhalt des angefochtenen Urteils vermutet werden kann, welche Abänderungen verlangt werden, ist ohne Belang; die angeführte Gesetzesstelle verlangt, dass die Rechtsbegehren, über welche das Bundesgericht entscheiden soll, bereits in der Berufungserklärung bestimmt gefasst werden, so dass weder das Gericht, noch die Gegenpartei, welcher nach Art. 68 sofort von der Berufung Kenntnis zu geben ist, darüber im Zweifel sein können, welche Abänderungen des angefochtenen Urteils verlangt werden. Das Rechtsmittel ist somit vorliegend nicht in der gesetzlichen Form eingelegt, und es muss daher, wie das Bundesgericht bereits in ähnlichen Fällen entschieden hat (Entsch. v. 15. Juni 1894 i. S. Eisele c. Porchat u. i. S. Mathys c. Gygax, Revue Bd. XII No. 66, und Entsch. v. 22. Juni i. S. Ortsbürgergemeinde Zofingen c. Huber), die Berufungserklärung als wirkungslos erklärt werden.

Was die Vorschrift des Abs. 4 dieses Artikels anbetrifft, so hat Berufungskläger, obschon der Streitwert den Betrag von 4000 Fr. nicht erreicht, der Berufung eine besondere Rechtsschrift nicht beigelegt. Immerhin liegt in dieser Unterlassung deswegen keine Verletzung der erwähnten Bestimmung, weil der Rekurrent sich für die Begründung ausdrücklich auf die vor den kantonalen Gerichten eingegebenen Rechtsschriften, die er der Berufungserklärung beigelegt hat, beruft und bittet, dieselben als die in Art. 67 Abs. 4 vorgeschriebene Rechtsschrift zu betrachten. Dieses Verfahren kann, wenn auch nicht gerade als geeignet, so doch nicht als unstatthaft bezeichnet werden, indem das Gesetz über die Form der Rechtsschriften, vorbehältlich der Bestimmungen des Art. 39 O. G., welche hier nicht verletzt werden, keine Vorschrift aufstellt, und es den Parteien daher freisteht, eine bereits den kantonalen Gerichten vorgelegte Eingabe als Rechtsschrift im Sinne von Art. 67 Abs. 4 ein-

zureichen, vorausgesetzt, dass dieselbe überhaupt sachlich eine Begründung der Berufung enthält. (Entsch. v. 29. Juni 1894 i. S. Neff c. Schmid.)

---

109. *Art. 83 B.-Ges. betr. Organis. d. B.-Rechtspflege*; *Art. 126, 499, 508 O. R. 1) Zuständigkeit des B.-Gerichtes als Berufungsgericht zur Beurteilung der nach kantonalem oder ausländischem Rechte zu beurteilenden Fragen; 2) Nichtanwendbarkeit des Art. 508 O. R. auf die vor Inkrafttreten desselben eingegangenen Bürgschaften; 3) Umfang der Verpflichtung des Bürgen zur Zahlung von Verzugszinsen; 4) zur Auslegung von Art. 126 Ziff. 3 O. R.*

1. Art. 83 B.-Ges. betr. Organis. der B.-Rechtspflege findet keine Anwendung, wenn das kantonale Gericht die nach kantonalem Rechte zu beurteilenden Fragen nach diesem Rechte beurteilt hat. In diesem Falle hat es einfach bei dem kantonalen Entscheide sein Bewenden.

2. Art. 508 O. R. findet auf Bürgschaften, die vor dem 1. Januar 1883 eingegangen worden sind, keine Anwendung.[1])

3. Art. 499 Abs. 3 bezieht sich nur auf vertragsmässige, nicht auf Verzugszinsen. Letztere können von Bürgen unbeschränkt gefordert werden.

4. Art. 126 Ziff. 3 O. R. findet auch Anwendung, wenn der Schuldner selbst im Auftrage des Dritten, mit dessen Geld den Gläubiger befriedigt und dem letztern anzeigt, dass der Dritte an die Stelle des Gläubigers treten soll. (Entsch. v. 18. März 1894 i. S. Gormiquet c. Cousin.)

---

110. *Art. 2 O. R. 1) Sinn dieser Gesetzesbestimmung*; *2) kann eine abgelehnte Vertragsofferte nachträglich angenommen werden?*

1. Nach der deutlichen Fassung des Art. 2 O. R. greift die Vermutung, dass nach der Einigung über alle wesentlichen Punkte der Dissens über Nebenpunkte die Verbindlichkeit des Vertrages nicht hindern solle, nur dann Platz, wenn sich die Parteien eine nachträgliche Abrede über die Nebenpunkte vorbehalten haben. Ist von den Parteien ein solcher Vorbehalt nicht getroffen worden, so gibt Art. 2 keine Möglichkeit, den mangelnden Konsens bezüglich der Nebenpunkte durch den Richter ergänzen zu lassen, und es ist ein Vertrag überhaupt nicht zu Stande gekommen. Jeder Punkt ist als wesentlicher Vertragspunkt anzusehen.

---

[1]) S. o. No. 88 Ziff. 2.

2. Wird eine Kaufofferte abgelehnt, so fällt sie dahin und kann Offerent nicht noch nachträglich dabei behaftet werden. (Entsch. v. 1. Juni 1894 i. S. Bosshard c. Kreditbank Winterthur.)

---

111. *Art. 14 und 346 O. R. 1) Vereinbarung der schriftlichen Form für einen an keine besondere Form gebundenen Vertrag; Gegenbeweis gegen die in Art. 14 Abs. 1 aufgestellte Vermutung; 2) Anspruch des vertragswidrig vorzeitig entlassenen Arbeitnehmers.*

1. Nach Art. 14 O. R. ist, wenn für einen Vertrag, welcher vom Gesetze an keine Form gebunden ist, die Anwendung einer solchen vorbehalten wird, zu vermuten, dass die Parteien vor Erfüllung der Form nicht verpflichtet sein wollen. Allein diese Gesetzesstelle statuiert blos eine Vermutung, der gegenüber der Gegenbeweis zulässig ist. Hiefür ist namentlich von Bedeutung, dass der Vertrag Monate lang beidseitig unbeanstandet ausgeführt worden ist.

2. Der vertragswidrig entlassene Angestellte ist berechtigt, das Interesse an der ihm vertraglich versprochenen Gegenleistung zu fordern, unter Abrechnung desjenigen Vorteils, der ihm durch das Freiwerden seiner Arbeitskraft in Folge der Vertragsaufhebung entstanden ist; diesen Vorteil nachzuweisen ist Sache des Beklagten. (Entsch. v. 6. Juli 1894 i. S. Doleschal c. Müller.)

---

112. *Art. 50, 53 und 110 O. R. Pflicht des Arbeitgebers zur Anbringung von Schutzvorrichtungen bei gefährlichen Maschinen. Konkurrenz der vertraglichen Haftpflicht des Arbeitgebers mit derjenigen aus unerlaubter Handlung bei Verletzung eines Lehrlings.*

D., Schlosserlehrling bei S., erlitt einen Unfall, als er an der Bohrmaschine damit beschäftigt war, ein 1 m. 20 cm. langes Winkeleisen zu bohren. D. erhob gegen den S. eine Schadenersatzklage, welche er damit begründete, der Betrieb der Bohrmaschine sei gefährlich; daher sei der Arbeitgeber verpflichtet gewesen, dieselbe, und zwar speziell ihr Räder- und Triebwerk, mit Schutzvorrichtungen zu versehen, wie solche in andern Schlosserwerkstätten in der That beständen. Solche Schutzvorrichtungen seien aber um so gebotener gewesen, als S. fortwährend junge Leute in der Lehre habe, bei denen man nicht das gleiche Mass von Vorsicht voraus-

setzen könne, wie bei ältern, erfahrenen Schlossern. Unter diesen Umständen liege in der Unterlassung der Anbringung von Schutzvorkehren eine grobe Fahrlässigkeit, für die der S. gemäss Art. 50 u. ff. O. R. einzustehen habe.

S. verlangte Abweisung der Klage; der Betrieb der Bohrmaschine sei nicht gefährlich, daher das Anbringen von Schutzvorrichtungen weder nötig noch üblich. Die Unterlassung der Anbringung von Schutzvorkehren bedeute demnach auch keine Fahrlässigkeit. Uebrigens sei dem D. strenge befohlen worden, beim Bohren den Auflegeständer („Knecht") zu gebrauchen, diesen Befehl habe er nun nicht befolgt und dadurch den Unfall selbst verschuldet.

Aus den Motiven des bundesgerichtlichen Urteils heben wir folgendes hervor: Da zwischen dem Schlosser S. und D. ein Lehrlingsvertrag bestand und dieser als Dienstvertrag aufzufassen ist, so hätte D. seinen Anspruch auf diesen Vertrag stützen können, indem der Dienstherr verpflichtet ist, seine Arbeiter vor den Gefahren des Betriebes zu sichern und dafür zu sorgen, dass sie ihre Obliegenheiten in Sicherheit verrichten können, welche Verpflichtung er in casu nicht erfüllt hat (Amtl. Slg. XVI, 560). Mit dieser vertraglichen Haftpflicht konkurriert für den Fall, dass der Arbeitgeber vorsätzlich oder fahrlässig eine Körperverletzung seines Lehrlings herbeigeführt, die Schadenersatzpflicht aus unerlaubter Handlung gemäss Art. 50 u. ff. O. R. Kennt der Dienstherr die Betriebsgefährlichkeit einer Maschine oder muss er sie jedenfalls kennen, so ergiebt sich seine Pflicht, diese Gefahr durch Anbringung von Schutzvorrichtungen möglichst zu beseitigen; diese Pflicht ist selbst für den Kleinmeister um so unabweislicher, wenn derselbe mit jungen Lehrlingen arbeitet, die auch an der Maschine zu thun haben, und überdies in casu ein mit geringen Kosten um das Räderwerk anzubringendes Drahtgeflecht jede Gefahr beseitigt hätte, ohne die Leistungsfähigkeit der Maschine irgendwie zu beeinträchtigen. Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, der Dienstherr habe diese Schutzvorrichtung nicht gekannt, indem eine solche Unkenntnis seinerseits als Fahrlässigkeit betrachtet werden müsste. Das blosse Vorhandensein eines sog. Auflegeständers oder „Knechts" für eine solche Maschine genügt zur Abwendung der Verantwortlichkeit des Dienstherrn nicht; dazu wäre vielmehr der weitere Nachweis erforderlich, dass der Arbeitgeber selbst, resp. in seiner Abwesenheit einer seiner Gesellen, auch thatsächlich dafür gesorgt hätten, dass kein Arbeiter und speziell

kein Lehrling Eisenstücke ohne Knecht bohre und sich dadurch in Gefahr bringe (Amtl. Slg. XVIII, 285, 848). Dass aber die Werkstattordnung in diesem Sinne gehandhabt wurde, ist nicht einmal behauptet worden. Hat aber der Dienstherr mindestens geduldet, dass der „Knecht" auch beim Bohren längerer Eisenstücke nicht benutzt werde, so genügt dies, um ein Verschulden zu begründen. (Entsch. v. 5. Mai 1894 i. S. Scherrer c. Dahinden.)

---

113. *Art. 75 und 17 O. R. Ist eine Leistung seitens eines Ehegatten an den andern zu dem Zwecke, dessen Einwilligung zur Ehescheidung zu erlangen, unsittlich?*

Der Kläger B. hatte seiner Ehefrau eine Zuwendung gemacht, um sie zur Scheidung zu bewegen. Im Ehescheidungsprozesse widersetzte sich aber die Ehefrau, entgegen ihrem Versprechen, der Scheidung und es wurde deshalb die Scheidungsklage abgewiesen. B. verlangte nun von seiner Ehefrau die gemachte Zuwendung mit der Bereicherungsklage zurück, wogegen letztere gestützt auf Art. 75 O. R. Abweisung der Klage verlangte. Das Bundesgericht wies in der That die Klage ab. Gründe: Der Ehemann, welcher schon einmal vergeblich die Scheidung versucht hatte, beabsichtigte neuerdings Scheidungsklage anzustellen; da er jedoch selbst an dem ehelichen Zerwürfnis die Hauptschuld trug (wie aus den Scheidungsurteilen erhellt), musste es ihm zum mindesten als sehr zweifelhaft erscheinen, mit seinem Scheidungsbegehren ohne die Zustimmung der Frau durchdringen zu können; diese Zustimmung schien nun, bei der prekären ökonomischen Lage der Frau, durch die Zahlung einer Summe Geldes erreichbar. Wenn die Vorinstanz erklärt, die Beklagte habe sich nicht lediglich durch die Abfindungssumme zu ihrer Einwilligung bestimmen lassen, so ist damit die Thatsache nicht beseitigt, dass diese Zuwendung einen bestimmenden Einfluss auf ihre Entschliessung ausgeübt hat, denn es steht fest, dass die übrigen Momente, welche ihr eine Scheidung wünschbar machen mochten, sie zu einem gemeinsamen Scheidungsbegehren nicht bewogen haben würden. Ihre Einwilligung stand somit zu der Zahlung im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung. Es handelte sich dabei nicht etwa um die gegenseitige Ordnung der ökonomischen Verhältnisse im Hinblick auf die bevorstehende Scheidung, sondern lediglich um eine Leistung zum Zwecke, die Ehescheidung zu ermöglichen. Als solche erscheint aber die erfolgte Zahlung

als unsittlich und kann daher gemäss Art. 75 O. R. nicht zurückgefordert werden. Allerdings ist die bezweckte Einwilligung zur Scheidung an sich nichts unsittliches, allein rechtsirrtümlich ist die Auffassung, im Sinn des Art. 75 (und Art. 17) O. R. sei der Erfolg einer Handlung nur dann ein unsittlicher zu nennen, wenn derselbe in objektiver Hinsicht gegen das Sittengesetz verstosse. Ein unsittlicher Erfolg im Sinne der vorerwähnten Gesetzesstelle kann auch in der Herbeiführung einer an sich durchaus erlaubten Handlung liegen, so z. B. wenn einem Beamten eine Belohnung dafür versprochen wird, dass er seine Pflicht thue (s. Regelsberger, Pand. I, § 153). So enthält auch der vorliegende Vertrag eine Verletzung des sittlichen Wesens der Ehe, nicht deswegen, weil die beabsichtigte Scheidung an sich etwas unsittliches wäre, sondern weil die Anwendung gewinnsüchtiger Motive zur Herbeiführung der Einwilligung hiezu eine Missachtung der sittlichen Grundlage der Ehe in sich schliesst (vgl. Seuffert's Archiv, Bd. VIII No. 25, Ullmer Kommentar z. Zürch. Pr. G. B. No. 1910). Die moralische Verwerflichkeit einer solchen Handlung erscheint noch erhöht, wo, wie hier, der eine Teil seine bessere ökonomische Stellung dazu benutzt, um sich eines Verhältnisses zu entledigen, dessen einseitige Lösung ihm nach bestehendem Rechte sonst unmöglich wäre. (Entsch. v. 14. Juli 1894 i. S. Basler c. Basler.)[1]

---

114. *Art. 102, 141, 183 O. R. 1) Anfechtung einer Abtretung wegen Ungültigkeit des Grundgeschäfts, anwendbares Recht bei Schenkungen; 2) schenkungsweiser Nachlass; 3) rechtliche Bedeutung der Quittung.*

J. V. trat gegen den W. V. klagend auf mit den Rechtsbegehren, derselbe habe ihn als zur Hälfte auf den gesamten Nachlass des verstorbenen K. J. V. als erbberechtigt anzuerkennen, ferner habe er anzuerkennen, dass er über die bereits geteilten Erbschaftsobjekte hinaus aus dem Vermögen des genannten Erblassers durch (gemäss § 750 des aargauischen a. b. Ges. B.) ungültige Rechtsakte (Schenkungen auf den Todesfall, teils durch Abtretung von Forderungen an Dritte, teils durch Nachlass von Schulden) einen Mehrbetrag von

---

[1]) Das Urteil der zürcherischen App.-Kammer des Obergerichts vom 5. Mai 1894, das die gegenteilige Ansicht vertreten hatte und durch diesen Entscheid des Bundesgerichts aufgehoben wurde, findet sich in den Schweizer Blättern für h.-r. Entsch. XIII (1894) S. 179.

Fr. 7100, eventuell den richterlich festzusetzenden Mehrbetrag, empfangen habe, und endlich sei derselbe schuldig zu erklären, diesen Mehrbetrag mit dem Kläger zu gleichen Teilen zu teilen.

Das Obergericht des Kantons Aargau hiess die Klage teilweise gut. Gegen dieses Urteil ergriff der Beklagte W. V. die Berufung an das Bundesgericht. Allein letzteres trat auf dieselbe nicht ein. Gründe: Die vorliegende Klage ist keine obligationenrechtliche, sondern eine erbrechtliche, und es ist daher, da das Erbrecht, wie übrigens auch die Schenkung, bekanntlich ausschliesslich vom kantonalen Rechte normiert wird, das Bundesgericht zu materieller Entscheidung über den Klageanspruch selbst nicht kompetent (Art. 56 ff. B.-Ges. betr. Organis. d. Bundesrechtspflege). Allerdings ist die Kompetenz des Bundesgerichtes nicht nur dann begründet, wenn über den Klageanspruch selbst nach eidg. Rechte zu entscheiden ist, sondern auch, wenn die Entscheidung blos teilweise auf der Anwendung eidg. Rechtes beruht, wenn nämlich über einzelne, der Entscheidung präjudizielle Rechtsfragen oder über einzelne Angriffs- oder Verteidigungsmittel nach eidg. Rechte zu urteilen ist (vgl. A. S. d. b.-g. Entsch. Bd. VIII S. 318 Erw. 3). In der That scheint nun Rekurrent behaupten zu wollen, dass das angefochtene Urteil die bundesgesetzlichen Bestimmungen über die Abtretung von Forderungen und über die rechtliche Bedeutung und die Wirkungen der Quittung verletze. Allein aus der vom Rekurrenten hervorgehobenen Thatsache, dass hier teils förmliche Abtretungen, teils unzweideutige Quittungen vorliegen, lässt sich der von ihm gezogene Schluss, dass das Streitverhältnis nach eidgenössischem Recht zu beurteilen sei, nicht ableiten. Die Bemerkung, der Erblasser habe abtreten und nicht schenken wollen, beruht auf einer rechtsirrtümlichen Gegenüberstellung der Abtretung und Schenkung. Allerdings gehören die Rechtssätze über die Abtretung von Forderungen dem eidgenössischen Rechte an; allein aus dem Umstand, dass sich die klägerische Anfechtung auf Abtretungen von Forderungen bezieht, folgt noch keineswegs, dass diese Klage nach eidgenössischem Rechte zu beurteilen sei. Denn die Abtretung selbst bildet bekanntermassen lediglich das abstrakte Rechtsgeschäft, in welchem das materielle, auf den Forderungsübergang gerichtete Rechtsgeschäft zum Vollzug gelangt. Der Cessionsakt steht aber hier nicht in Frage, sondern die Gültigkeit des der Abtretung zu Grunde liegenden Rechtsgeschäftes, welches in der Klage als Schen-

kung auf den Todesfall bezeichnet wird. Die Frage nach der Gültigkeit dieses Rechtsgeschäfts ist aber nach demjenigen Rechte zu beurteilen, welches dasselbe normiert, und dies ist nun, wie bereits bemerkt, das kantonale Recht, während allerdings die entgeltlichen Veräusserungsgeschäfte vom eidg. Rechte beherrscht werden. Die Ungültigkeit des der Abtretung zu Grunde liegenden Rechtsgeschäftes entzieht aber, wie eventuell mit Recht nicht bestritten ist, der Abtretung die rechtliche Grundlage. Ob, die Unentgeltlichkeit der Abtretung angenommen, es sich um eine Schenkung unter Lebenden oder auf den Todesfall handle, kann das Bundesgericht nicht nachprüfen, da hier überall nur die richtige Anwendung des kantonalen Rechts in Frage steht.

Was sodann die Rechtsgültigkeit der durch die Quittungen dokumentierten Schuldentlassung anbelangt, so hängt die Frage, ob dieselbe nach eidg. oder kantonalem Rechte zu beurteilen sei, ebenfalls davon ab, ob die Schuldentlassung eine entgeltliche oder unentgeltliche gewesen sei, indem der schenkungsweise Nachlass gemäss Art. 141 O. R. durch das kantonale Recht bestimmt wird. Nach diesem Rechte beurteilt sich, ob die Voraussetzungen des schenkungsweisen Nachlasses vorhanden seien, und es ist daher die Entscheidung der Vorinstanz, dass in der erwähnten Schuldentlassung eine Schenkung auf den Todesfall liege und als solche nicht zu schützen sei, mittelst der Berufung an das Bundesgericht nicht anfechtbar. Dass die Quittung blos Beweismittel ist, gegen welches der Gegenbeweis zulässig ist, hat das Bundesgericht bereits in dem Urteile vom 9. Januar 1892 i. S. Aschwanden (A. S. d. b.-g. Entsch. Bd. XVIII S. 209 ff.)[1] ausgesprochen. (Entsch. v. 29. Juni 1894 i. S. Villinger c. Villinger.)

---

115. *Art. 199 ff. O. R. Eigentumsvorbehalt bei Veräusserung von Mobilien in einem auch Immobilien umfassenden sog. Ueberlassungsvertrag; Anwendbarkeit des eidg. Rechts und Zulässigkeit des Eigentumsvorbehalts.*

Daraus, dass ein sog. Ueberlassungsvertrag, weil rein erbrechtlicher Natur, dem kantonalen Recht unterstellt ist, folgt nicht, dass auch der darin mit Bezug auf Mobilien enthaltene Eigentumsvorbehalt nach diesem Recht, und nicht vielmehr nach eidgenössischem Recht zu beurteilen sei. Es

---

[1]) Revue X Nr. 29.

muss vielmehr unterschieden werden zwischen dem auf Uebereignung gerichteten Vertrag und der Uebereignung selbst. Diese letztere, der Eigentumsübergang, richtet sich, soweit es bewegliche Sachen betrifft, nach den Vorschriften des eidg. O. R., auch wenn der auf Uebereignung gerichtete Vertrag selbst dem kantonalen Rechte angehört[1]). Ob also in Folge eines solchen Vertrages Eigentum an den vindizierten Sachen auf den Erwerber übergegangen sei, bezw. ob sich die Ueberlasserin das Eigentum an denselben gültig habe vorbehalten können, trotzdem dieselben in den Besitz des Uebernehmers übergegangen sind, ist nach eidgenössischem O. R. zu beurteilen, soweit es dabei bewegliche Sachen angeht. Auch wenn der Ueberlassungsvertrag einen einheitlichen Kaufvertrag darstellt, und seinem Hauptinhalte nach als Liegenschaftskauf zu behandeln ist, für welchen das kantonale Recht gilt (A. S. d. b.-g. Entsch. Bd. 13 S. 509 Erw. 3)[2]), so ist doch für den Eigentumsübergang der einzelnen Ueberlassungsobjekte ihre Natur als bewegliche oder unbewegliche Sachen massgebend, und es beurteilt sich daher nach dem für bewegliche Sachen geltenden, d. h. nach eidgenössischem Rechte, ob die hier in Frage stehenden Objekte im Eigentum der Klägerin verblieben seien oder aber nicht.

Nach eidg. O. R. kann die Gültigkeit des Eigentumsvorbehalts nicht zweifelhaft sein. Wie das Bundesgericht in seiner Entscheidung i. S. Schmid c. Masse Rothermel (A. S. d. b.-g. Entsch. Bd. 14 S. 116 Erw. 4)[3]) ausgesprochen hat, ist der Verkauf unter Vorbehalt des Eigentums bis zur Zahlung des Kaufpreises zulässig, indem einer solchen Parteivereinbarung keine verbietende Gesetzesnorm entgegensteht und eine bedingte Tradition wohl gedenkbar ist. Dass gerade deshalb, weil Sicherung durch Pfandbestellung nicht möglich war, der Eigentumsvorbehalt gemacht worden ist, erscheint unerheblich. Von einer Simulation kann deshalb die Rede nicht sein. Unrichtig ist auch, dass auf diesem Wege ein vom Gesetz verpönter Erfolg, die Sicherung einer Forderung ohne Besitznahme der zur Sicherung bestimmten Sachen, erzielt werde; die Sicherung durch Eigentumsvorbehalt ist mit der Pfandbestellung ohne Besitzübertragung nicht auf gleiche Linie zu stellen, indem der Gläubiger

---

[1]) Revue VI Nr. 67.

[2]) Revue VI Nr. 5.

[3]) Revue VI Nr. 66.

bei der letztern Rechte an einem Vermögensstücke des Schuldners erwerben will, beim Eigentumsvorbehalt dagegen sich lediglich durch seine eigene Sache sichert, die der Andere erst, wenn er seinerseits geleistet hat, erwerben soll. (Entsch. v. 8. Juni 1894 i. S. Schelling c. Schellingsche Kreditoren.)

---

116. *Art. 224 O. R. Gegenstand des Retentionsrechtes, Urkunde ohne Vermögenswert; Forderungen, für welche das Retentionsrecht geltend gemacht werden kann.*

Blosse Beweisurkunden, ohne Vermögenswert, unterliegen dem Retentionsrecht des Art. 224 O. R. nicht. Diese Gesetzesbestimmung räumt ein Retentionsrecht nur für privatrechtliche, nicht auch für öffentlich-rechtliche Ansprüche ein. (Entsch. v. 13. Juli 1894 i. S. Flück c. Brienz-Rothhornbahn.)

---

117. *Kauf oder Mandat? Beweislast bei Forderung aus Mandat, wenn der Beklagte Kauf behauptet. Art. 204 O. R. Uebergang der Gefahr beim Kaufe; Inhalt und Zeitpunkt der Mängelrüge, Art. 243 ff. O. R.*

O. belangte den Sch. auf Bezahlung einer gewissen Summe für gelieferten Wein, indem er behauptete, er habe den Wein im Herbst 1892 im Auftrage des Sch. für denselben gekauft. Sch. verlangte Abweisung der Klage, indem er den Auftrag bestritt, dagegen seinerseits behauptete, er habe den Wein Anfangs März 1893 von O. gekauft; derselbe sei aber verdorben und er, Sch., daher nicht zur Abnahme und Bezahlung des Weines verpflichtet. Das B.-Gericht wies die Klage ab, u. a. aus folgenden Gründen: Die Frage der Verteilung der Beweislast ist dahin zu entscheiden, dass Kläger zunächst das von ihm behauptete Mandatverhältnis als sein Klagfundament zu beweisen hat. Dieser Beweis ist nicht gelungen, vielmehr anzunehmen, dass zwischen den Parteien in der That ein Kauf und zwar erst am 2. März 1893 zu Stande gekommen sei.

Ist aber das streitige Geschäft als ein Kauf zu betrachten, so ging die Gefahr der geschuldeten Spezies — 2 Fässer Wein — mit dem Abschluss des Kaufvertrages auf den Erwerber über; der Verkäufer hingegen haftete dem Käufer gemäss Art. 243 O. R. u. a. dafür, dass die Sache nicht solche Mängel habe, welche ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder beträchtlich mindern mussten, es sei denn,

dass der Käufer diese Mängel zur Zeit des Kaufabschlusses kannte oder bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit kennen müsste (Art. 245 O. R.). Nun ist festgestellt, dass der gekaufte Wein schon zur Zeit des Kaufes krank war. Dieser Mangel des Weines ist aber unzweifelhaft ein derartiger, dass derselbe für den Käufer, der Wirt ist, als zu dem vorausgesetzten Gebrauche des Ausschenkens in der Wirtschaft untauglich bezeichnet werden muss. Der Käufer musste nach Empfang der Sache, sobald deren Mängel erkennbar geworden, dem Verkäufer davon Bericht erstatten. Nun wurde die Mängelrüge bezüglich des am 14. März 1893 abgeladenen Weins erst durch Rechtsvorschlag vom 18. gleichen Monats erhoben. Trotzdem kann nicht gesagt werden, dass die Mängelrüge bezüglich dieser Sendung, weil erst vier Tage nach Empfang erhoben, als verspätet zu betrachten sei. Wie nämlich die Vorinstanz thatsächlich feststellt, übrigens auch bekannt ist, ist eine Prüfung von Wein, besonders von neuem Wein, sofort nach längerem Transport nicht möglich; es muss daher dem Empfänger das Recht zugestanden werden, mit der Prüfung einige Tage zu warten, ohne dass daraus auf eine Genehmigung geschlossen werden könnte. Dass diese Sendung erst durch Schreiben des Beklagten v. 11. April 1893 ausdrücklich zur Disposition gestellt wurde, fällt nicht in Betracht, indem die blosse Mängelrüge, die im Rechtsvorschlag vom 18. März 1893 in unmissverständlicher Weise ausgesprochen ist, zur Wahrung der Rechte des Käufers vollkommen genügt (A. S. 17, 277). (Entsch. v. 12. Mai 1894 i. S. Oehninger c. Schneebeli.)

---

118. *Art. 274 ff. O. R. Miethe; Beweislast betreffend den Zustand der Mietsache nach dem Antritt. Anspruch des Vermieters auf Ersatz der durch Schuld des Mieters notwendigen Reparaturen.*

Der Mieter, welcher das Mietobjekt ohne Reklamation übernommen, hat den Beweis zu leisten, dass die Wohnung in mangelhaftem Zustand übergeben worden sei; im Zweifel ist zu vermuten, dass das Mietobjekt in gutem Zustand und zum vertragsmässigen Gebrauch geeignet übergeben worden sei. Diese Annahme rechtfertigt sich um so eher, wenn dies im Vertrage ausdrücklich anerkannt war, und Reklamationen während der Mietzeit nicht erfolgt sind. Der Vermieter kann vom Mieter nicht bloss Ersatz derjenigen Reparaturen verlangen, welche er nachweislich hat ausführen lassen. Mass-

gebend ist allein, zu welchen Reparaturen der Mieter, um den frühern Zustand wieder herzustellen, verpflichtet ist. Ob der Vermieter die nötigen Reparaturen vornimmt oder nicht, ist seine Sache und berührt den Mieter nicht. (Entsch. vom 16. Juli 1894 i. S. Götz c. Disteli.)

---

119. *Art. 489 ff. O. R. Regelt das O. R. auch die Bürgschaft für grundversicherte Forderungen?*

Die Bürgschaft wird durch das eidgenössische O. R. geregelt, ohne Unterschied, ob die Hauptschuld neben der Bürgschaft durch ein Grundpfand gedeckt sei oder nicht. Die Frage, ob ein Gläubiger vorerst den Schuldner, bezw. den als Bürge und Selbstzahler[1]) verpflichteten Mitschuldner belangen müsse, bevor er auf die im Eigentum eines Dritten befindlichen verpfändeten Grundstücke greifen könne, gehört ausschliesslich dem kantonalen Rechte an, und es unterliegt daher ein bezüglicher Entscheid des kantonalen Gerichts der Weiterziehung an das Bundesgericht nicht. (Entsch. v. 28. April 1894 i. S. Lüscher c. Nägeli.)

---

120. *B.-Ges. betr. Haftpflicht der Eisenbahnen bei Tötung u. s. w. Selbstverschulden des Geschädigten, Betreten des Bahnkörpers in angetrunkenem Zustand. Mitverschulden der Bahnangestellten.*

Eine Verschuldung der Eisenbahnunternehmung kann darin nicht gefunden werden, dass Führer und Heizer, oder doch wenigstens einer derselben, im Moment vor dem Unfall nicht die Linie überschaut haben und daher nicht in der Lage waren, den im Geleise vor ihnen dahingehenden Bahnwärter zu sehen und durch Signale zu warnen oder im Notfall auch den Zug zum Stehen zu bringen. Mag auch eine dahinzielende Vorschrift bestehen, welche Lokomotivführer oder Heizer anweist, abwechselnd ihr Augenmerk der zu durchfahrenden Strecke zuzuwenden, so ist doch ohne weiteres klar, dass diese Vorschrift nicht absolut aufgefasst werden kann und die anderen auf Bedienung der Maschine bezüglichen Pflichten, welche zeitweise jedenfalls die Aufmerksamkeit der beiden Männer voll in Anspruch nehmen müssen, unbedingt vorgehen. Zudem muss jedenfalls angenommen

---

[1]) Anders würde es sich verhalten bei der einfachen Bürgschaft, Art. 494 O. R.

werden, dass diese Dienstvorschrift betreffend Ueberblicken der Bahnlinie am allerwenigsten zum Schutze von Leib und Leben der Bahnwärter aufgestellt sein kann, sondern gegenteils nur den Zweck verfolgt, die Sicherheit des Zuges selbst zu wahren.

Wenn das angefochtene Urteil konstatiert, W. habe sich, als er die Linie betrat, infolge übermässigen Genusses von Spirituosen nicht mehr im Besitze der vollen Aufmerksamkeit befunden und es habe dieser selbstverschuldete Zustand wesentlich zum Unfall beigetragen, so ist auch hiegegen nichts zu erinnern. In der That muss das Benehmen als ein hochgradiger Leichtsinn qualifiziert werden. Nachdem er doch wusste, am Abend den immerhin nicht ungefährlichen Dienst eines Bahnwärters übernehmen zu müssen, wäre es doch nahe genug gelegen und ein Gebot der elementaren Vorsicht gewesen, tagsüber womöglich auszuruhen, unter keinen Umständen aber und am allerwenigsten am Abend selbst, unmittelbar vor Dienstantritt und nach Dienstantritt Spirituosen in grösserem Quantum zu sich zu nehmen, geschweige denn solche in Hast zu geniessen. Dies zu thun oder nicht zu thun, stand ihm frei, und es kann sein civilrechtliches Verschulden keineswegs durch den Hinweis gemindert werden, dass er erst in einem halb oder ganz unzurechnungsfähigen Zustand die Bahnlinie betrat und daselbst den Tod erlitt. Zur Erklärung des Unfalls ist demnach die selbstverschuldete Trunkenheit des W., in welcher er sich auf die Bahnlinie begab und ohne Rücksicht darauf, dass, wie ihm bekannt, der fahrplanmässige Zug fällig war und jeden Augenblick kommen konnte, auf dem für denselben bestimmten Schienengeleise dahinschritt, ohne sich auch nur nach genanntem Zuge umzuschauen, und in welcher er ferner denselben nicht herannahen hörte oder doch zu spät hörte, um noch zu entfliehen, vollkommen genügend. (Entsch. v. 2. November 1893 i. S. Walser c. Centralbahn.)

---

121. *Art 5 B.-Ges. betr. Haftpflicht der Eisenbahnen u. s. w. Rente oder Aversalentschädigung?*

Hierüber entnehmen wir dem unten bezeichneten b.-g. Urteile folgendes: Zur Ausgleichung für den dauernden Erwerbsausfall dem F. eine entsprechende Aversalentschädigung statt — wie die Vorinstanz gethan — eine Rente zuzusprechen, wäre nun ohne weiteres geboten, wenn angenommen werden könnte, dass F. zur Zeit sich in Lebensgefahr be-

finde und seine Familie auf diese Weise Gefahr laufe, in Bälde mit einer unverhältnismässig kleinen Entschädigung hülflos zu verbleiben. Da die thatsächliche Feststellung der Vorinstanz das Gegenteil besagt und in der That Gründe für die Annahme einer imminenten Lebensgefahr des F. keineswegs vorliegen, muss dessen Beschwerde auch in diesem Punkte abgewiesen werden. (Entsch. v. 26. Oktober 1893 i. S. Frey c. J.-S.-Bahn.)

---

122. *Art. 7 B.-Ges. betr. Haftpflicht der Eisenbahnen bei Tötungen u. s. w. Zum Begriff der groben Fahrlässigkeit.*

Mit der Vorinstanz ist dem Stationsvorstand von M., G., ein grobes Verschulden zur Last zu legen. Derselbe hat einer klaren Dienstvorschrift zuwider den Zug passieren lassen, obschon der vorhergehende Zug seine Station erst 7 Minuten vorher verlassen hatte und trotzdem er von dem Gehülfen B. aufmerksam gemacht worden war, dass die Station Z. die Bahn noch nicht freigegeben hatte. Dieses Verschulden steht in direktem Kausalzusammenhange mit der Katastrophe; denn wenn der Zug vorschriftsgemäss bis zur Meldung, die Bahn sei frei, angehalten worden wäre, so hätte der Zusammenstoss nicht stattgefunden; er wäre aber auch offenbar vermieden worden, wenn G. nur das vorgeschriebene Zeitintervall von 10 Minuten zwischen beiden Zügen hätte beobachten lassen.

Als grobe Fahrlässigkeit ist aber ferner die übermässige Belastung des andern Zuges, der nur mit einer Lokomotive bespannt war, zu taxieren; diese Ueberlastung betrug für die Strecke L.-B. 77 % und steigerte sich unterwegs noch durch die Aufnahme von ca. 200 Reisenden. Es ist festgestellt, dass infolge dessen die Maschine den vor der Station Z. stehenden Zug während 1 ½ bis 2 Minuten nicht mehr von der Stelle zu bewegen vermochte, als das Signal „Bahn frei“ erfolgte; in diesem Momente prallte der nachfolgende Zug auf. Die Ueberlastung, in Verbindung mit dem fatalen Anhalten auf den Zwischenstationen, stellt sich somit gleichfalls als eine direkte Ursache des Zusammenstosses dar. Der Bemerkung der Beklagten, es sei über diese Verhältnisse von den Strafgerichtsbehörden des Kantons Bern eine genaue Untersuchung gepflogen worden, die ein grobes Verschulden der Bahnbeamten, speziell des Inspektors G. als nicht vorhanden ergeben habe, ist entgegenzuhalten, dass der Entscheid des Strafrichters für den Civilrichter nicht

bindend ist und dass der letztere im vorliegenden Falle nicht in der Lage war, diese Untersuchungsakten zu prüfen, indem die Beklagte deren Beiziehung nicht veranlasst hat.

Endlich enthält die Unterlassung der vorgeschriebenen Deckung des Extrazuges eine grobe Fahrlässigkeit der dazu verpflichteten Bahnangestellten, welche ebenfalls in ursächlichem Zusammenhang mit dem Unfalle steht. (Entsch. v. 5. Oktober 1893 i. S. Hirt c. J.-S.-Bahn.)

---

123. *Art. 2 B.-Ges. betreffend Haftpflicht für den Fabrik- und Gewerbebetrieb. Begriff des Unfalls.*

Art. 2 des Fabrikhaftpflichtgesetzes fasst unter dem allgemeinen Begriff des Unfalls Verletzungen und Todesfälle zusammen, ohne mit Bezug auf deren Entstehen durch Verschulden, Zufall oder höhere Gewalt einen Unterschied zu machen. Das einzige gesetzliche Erfordernis des Betriebsunfalls ist, dass die Verletzung oder Tötung durch den Betrieb herbeigeführt werde. Nun steht ausser Zweifel, dass Kläger auf dem schlüpferigen Boden ausglitt und fiel, während er im Brauereigeschäft des Beklagten ihm obliegende zum Betrieb gehörende Geschäfte besorgte, und dass die Verletzung eine Folge dieses Falles ist. Es liegt also in der That ein Betriebsunfall im Sinne des Fabrikhaftpflichtgesetzes vor. (Entsch. vom 22. Nov. 1893 i. S. Kirschner c. Hofweber.)

---

124. *Art. 19 B.-Ges. betreffend den Markenschutz. Ist eine Firma ein deliktsfähiges Subjekt? Vorsatz im Sinne dieser Gesetzesbestimmung.*

1. Die Frage, wer als delikts- und straffähiges Subjekt zur Begehung des Delikts des Art. 19 des Markenschutzgesetzes fähig sei, ist eine Frage des eidgenössischen Rechts und daher der Nachprüfung des Kassationshofes unterstellt. Es handelt sich dabei eben um die Auslegung und Anwendung des Art 19 leg. cit., d. h. darum, an wen die Strafdrohung dieses Gesetzes sich richte. Der Kassationsgrund trifft zu, wenn eine Firma verurteilt worden ist. Denn die Firma ist lediglich der Handelsname eines Kaufmannes, bezw. einer Gesellschaft und daher kein delikts- und straffähiges Subjekt. Deliktsfähig sind lediglich die physischen Personen, welche unter der Firma Handel treiben, und es können dieselben daher nur unter ihrem bürgerlichen Namen im Strafprozesse verfolgt werden. Nun ist die rechtswidrige Aneignung frem-

der Marken gemäss Art. 20 leg. cit. ein Antragsdelikt und der Antrag auf Bestrafung war nicht gegen sämtliche unter der Firma handeltreibenden Personen, sondern zuletzt nur noch gegen L. gerichtet. Somit konnte nur gegen diesen ein Strafurteil gefällt werden.

2. Vorsatz im Sinne des Art. 19 des Markenschutzgesetzes ist ein Rechtsbegriff und daher die Frage, ob jemand vorsätzlich eine strafbare Handlung begangen hat, nicht eine That-, sondern eine Rechtsfrage. Allerdings sind die verschiedenen Momente, aus denen die Existenz des Vorsatzes abgeleitet werden muss und die von einer kantonalen Vorinstanz als vorhanden bezeichnet werden, thatsächliche Feststellungen; allein die Schlussfolgerung selbst, d. h. die Erkenntnis darüber, ob auf diese Momente die rechtlichen Voraussetzungen des dolus oder Vorsatzes zutreffen, ist ein juristisches Urteil, keine blosse Feststellung von Thatsachen. (Entsch. des Kass.-Hofes v. 18. Mai 1894 i. S. Landauer c. Knörr.)

---

125. *Patentrecht. 1) Nichtvorhandensein einer Erfindung als Nichtigkeitsgrund; 2) Begriff der Neuheit; 3) Gegenbeweis gegen die in Art. 10 Ziff. 2 B.-Ges. betr. Schutz der Erfindungen aufgestellten Vermuthungen; 4) Zur Auslegung von Art. 4 dieses Gesetzes.*

R., Anteilhaber der Firma R. & B., erwirkte am 4. Febr. 1893 beim eidgenössischen Amt für geistiges Eigentum ein Patent (Nr. 5930) für verbesserte Hætersley-Ratière-Karten. Sch. & St. behaupteten nun, sie haben die betreffende Idee zuerst erfasst und ausgeführt, und erhoben Klage auf Nichtigerklärung des vorgenannten Patentes. Sie machten geltend, die patentierte Neuerung sei gar keine Erfindung im Sinne des Patentgesetzes, da sie keinen neuen technischen Nutzeffekt hervorbringe; eventuell sei sie nicht neu. R. & B. beantragten Abweisung der Klage und stellten mittelst Widerklage das Rechtsbegehren, es seien Sch. & St. zu verpflichten, ihr Patent anzuerkennen, und es sei ihnen deshalb zu untersagen, den Gegenstand der Erfindung, d. h. Ratièrekarten mit eingefrästen Ganz- oder Halbnuthen und mit in diese Nuthen versenkten Dessin-Hubstiften der beklagtischen Konstruktion, sei es selbst, sei es durch Dritte herzustellen, damit Handel zu treiben, oder denselben zu einem gewerblichen Zweck zu benutzen. Zur Abweisung der Hauptklage machten sie geltend, die Kläger seien zu derselben gar

nicht aktiv legitimiert, da sie keine Kartenfabrikanten seien, und deshalb kein Interesse an der Nichtigkeit des beklagtischen Patentes hätten. Sodann seien die klägerischen Anfechtungsgründe materiell unstichhaltig. Der technische Nutzeffekt der Erfindung bestehe insbesondere darin, dass dem Verdrehen und Brechen der Nägel vorgebeugt werde.

Dem Bundesgerichtsurteile entheben wir folgende Erwägungen: 1. Wie das Bundesgericht i. S. Müller c. Goar (A. S. der bundesgerichtlichen Entscheidungen Bd. XVI, S. 596) [1]) ausgeführt hat, muss das Nichtvorhandensein einer Erfindung als Nichtigkeitsgrund betrachtet werden, trotzdem dieser Anfechtungsgrund im Gesetze (Art. 10) nicht ausdrücklich aufgeführt ist. Kann nämlich ein erteiltes Patent durch Nichtigkeitsklage angefochten werden, wenn die Erfindung nicht neu ist, so muss dasselbe gewiss noch mit stärkerem Grunde nichtig erklärt werden können, wenn der Nachweis geleistet wird, dass nicht nur keine neue Erfindung, sondern überhaupt keine Erfindung vorliege; denn mit dem letzteren ist auch das erstere dargethan. Ist thatsächlich festgestellt, dass durch die Anwendung einer gewissen Vorrichtung ein neuer technischer Nutzeffekt hervorgebracht werde, so muss das Vorhandensein einer Erfindung bejaht werden. Ob die Neuerung eine Schöpfung von weittragender Bedeutung sei, oder bloss eine bescheidene Verbesserung enthalte, ist für die Frage, ob eine patentierbare Erfindung vorliege, ohne Belang; die geistige Bedeutung bildet kein wesentliches Merkmal dieser letztern. Ueberdies ist dem Geist der Patentgesetzgebung gemäss im Zweifel, ob eine Erfindung oder blosse Handfertigkeit vorliege, für die Erfindung zu entscheiden (s. Kohler, in den Jahrb. für Dogmatik Bd. 26, S. 454).

2. Ueber den Begriff der Neuheit einer Erfindung enthält das Patentgesetz in Art. 2 die negative Definition, dass Erfindungen nicht als neu gelten, wenn sie zur Zeit der Anmeldung in der Schweiz schon derart bekannt gewesen sind, dass die Ausführung durch Sachverständige möglich ist. Diese Bestimmung ist dahin auszulegen, dass zu dem Bekanntsein der Erfindung nicht genügt, wenn dieselbe erst einzelnen Dritten bekannt gewesen und von ihnen benutzt worden ist, sondern dass darunter eine Offenkundigkeit verstanden werden muss in der Weise, dass die Ausführung oder Benutzung der Erfindung einem Sachverständigen auf Grund der bereits offen betriebenen Benutzung oder Darstellung möglich ist.

---

[1]) Revue VIII Nr. 94.

Denn andernfalls hätte in der That die Bestimmung des Art. 4 des Patentgesetzes keinen Sinn, wonach das Verbot, ohne Erlaubnis des Patentinhabers den Gegenstand der Erfindung darzustellen oder damit Handel zu treiben, nicht auf solche Personen anwendbar erklärt wird, welche zur Zeit der Patentanmeldung die Erfindung bereits benutzt oder die zu ihrer Benutzung nötigen Veranstaltungen getroffen haben. Läge nämlich in dieser Benutzung Einzelner bereits ein Bekanntsein der Erfindung, welches die Nichtigkeit des Patentes begründete, so wäre es ganz überflüssig gewesen, besonders hervorzuheben, dass diese in Art. 4 erwähnten Personen durch das Patent in ihrer Benutzung nicht beeinträchtigt werden sollen. In diesem Sinne hat denn auch das deutsche Reichsgericht (Entscheidungen desselben Bd. I, S. 42) den mit dem citierten Art. 2 im wesentlichen übereinstimmenden Art. 2 des deutschen Patentgesetzes ausgelegt, indem es ausführte, es genüge, um der Erfindung die Neuheit abzuerkennen, nicht, dass dieselbe in der Fabrik des Klägers angebracht worden sei, sondern es müsse die Benutzung offenkundig dergestalt stattgefunden haben, dass die Benutzung durch andere Sachverständige möglich erscheine (s. auch Kohler, a. a. O., S. 435).

3. Art. 10 Ziff. 2 stellt die Rechtsvermutung auf, dass der Patentnehmer der Urheber der Erfindung sei; es muss somit die Klagepartei den Beweis dafür übernehmen, dass der Beklagte nicht Erfinder sei, dass er also die für sich beanspruchte Idee entlehnt habe, und es genügt der Nachweis, dass sie ebenfalls die gleiche Erfindung gemacht habe, nicht. Fragt es sich nun, ob R. wirklich die Idee einfach von den Klägern entlehnt habe, so muss dieser Beweis auf Grund der thatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz als nicht geleistet betrachtet werden. Diese gehen nämlich dahin, dass Sch. & St. allerdings als selbständige Erfinder der Versenkung der bereits bekannten zweiseitig abgesetzten Nägel in Karten mit durchgehenden Nuthen zu betrachten sind, und dass sie bei R., als dieser sie besuchte, Nägel und Karten mit Nuthen bestellt haben, dass dagegen nichts für die Annahme vorliegt, R. sei bei jenem Besuche zum ersten Mal auf die Idee der Versenkung in Nuthen aufmerksam geworden, vielmehr durch Zeugenbeweis als erwiesen zu betrachten ist, dass R. schon früher an seiner Bohrmaschine die patentierten Karten mit Halbschlitzen erstellt hat. Danach kann denn nicht als nachgewiesen gelten, dass R. seine Erfindung von Sch. und St. entlehnt habe, und es muss somit die Nichtigkeitsklage abgewiesen werden.

4. Nach Art. 4 des Patentgesetzes sind die Bestimmungen des Art. 3 auf solche Personen nicht anwendbar, welche zur Zeit der Patentanmeldung die Erfindung bereits benutzt oder die zu ihrer Benutzung nötigen Veranstaltungen getroffen haben. Die Vorinstanz stellt nun thatsächlich fest, dass Sch. & St. zur Zeit der Patentanmeldung die Modelle zu den Karten bei Gebr. B. und R. & B. nicht nur bestellt haben, sondern dass auch solche Modelle, wenigstens von Gebr. B., vor der Patentanmeldung wirklich hergestellt worden sind. In dieser Bestellung lag nun aber eine Veranstaltung zum Gebrauche im Sinn des Patentgesetzes Art. 4 (s. A. Slg. der b.-g. Entscheidungen XVI, S. 423 Erw. 3). Ganz gleichgültig ist, ob Sch. & St. die Idee zur Erfindung selbständig gefasst oder entlehnt haben, indem zur Anwendung von Art. 4 die Thatsache der Benutzung oder der Veranstaltung zur Benutzung vollständig genügt, wofür einfach auf die bereits angeführte Entscheidung des Bundesgerichts (A. Slg. XVI, S. 423) verwiesen werden kann.

4. Art. 4 des Patentgesetzes ist als Ausnahmebestimmung gegenüber dem allgemeinen Grundsatz des Art. 3 desselben strikte zu interpretieren; es darf daher derjenige, welcher sich auf diesen Art. 4 beruft, die betreffende Erfindung nur nach Massgabe seiner Benutzung oder der Veranstaltungen zur Benutzung zur Zeit der Patentanmeldung verwenden. (Entsch. v. 16. Juli 1894 i. S. Rüegg & Boller c. Schelling & Stäubli.)

---

126. *B.-Ges. betr. die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter. Bevormundung wegen Verschwendung; ausschliessliche Anwendbarkeit des Wohnsitzrechtes.*

Das Bundesgesetz über die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter geht davon aus, dass für die Vormundschaft ausschliesslich das Wohnsitzrecht der betreffenden Personen massgebend sein solle und zwar sowohl für diejenigen, über welche die Vormundschaft noch verhängt werden müsste, als für solche, die schon bisher unter Vormundschaft gestanden. Es geht dies unzweideutig hervor aus dem Wortlaut des Art. 10, wie des Art. 35 des genannten Gesetzes, sowie ferner aus dem Kreisschreiben des Bundesrates vom 20. November 1891 (Bundesblatt 1891, V. S. 482). Dabei kommt es nicht darauf an, dass die Wohnsitzbehörde die Uebertragung von der Heimatbehörde besonders verlange, sondern dieser Uebergang von der Heimat-

behörde an die Wohnsitzbehörde tritt von Gesetzeswegen ein. In dem Uebergangsstadium zwischen Publikation und Inkrafttreten des Gesetzes konnten die Kantone die Wohnsitzverhältnisse ihrer in andern Kantonen domizilierten Angehörigen nicht mehr nach Belieben ändern und in einem andern Kanton wohnende bevogtete Angehörige zurückrufen, indem es ihnen gelungen wäre, auf solche Weise die Vorschriften des Bundesgesetzes betreffend Uebergang der vormundschaftlichen Verwaltung rein illusorisch zu machen. (?) Die Rückforderung der Vormundschaft durch den Heimatkanton kann nicht damit begründet werden, dass die Gesetzgebung am Wohnsitze des Vögtlings (i. c. Genf) im Vergleich mit derjenigen des Heimatkantons nicht die gleichen Garantien für die Bevogtigung von Verschwendern biete. Das Bundesgesetz erklärt in Art. 10 ausdrücklich, dass für die Bevormundung ausschliesslich das Wohnsitzrecht massgebend sei, und geht hiebei offenbar von der Anschauung aus, dass die Gesetzgebungen sämtlicher Kantone diesfalls genügende Garantien bieten, um jene Vorschrift aufstellen zu können. Es kann daher diesfalls zwischen den Kantonen deutscher und französischer Zunge, welche letztern betreffend der Bevogtigung der Verschwender sich mehr dem französischen code civil anschliessen, kein Unterschied gemacht werden. (Entsch. v. 29. November 1893 i. S. Leuzinger.)

---

127. *Art. 8 und 9 B. Ges. betr. die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter vom 25. Juni 1891. Beziehen sich dieselben auch auf Alimentationsklagen gegen den ausserehelichen Schwängerer?*

1. Art. 8 leg. cit. bezieht sich nur auf Statusklagen, nicht auch auf Alimentationsklagen gegen den ausserehelichen Vater, bei welchen über den Familienstand des Kindes nicht entschieden wird.

2. Die Klage der ausserehelichen Mutter gegen den ausserehelichen Vater auf Leistung von Beiträgen an den Unterhalt des unehelichen Kindes fällt nicht unter Art. 7 Abs. 2 leg. cit. (Entsch. v. 21. Februar 1894 i. S. Pietri.)

---

128. *Art. 1, 3 und 6 B.-Ges. betr. Abtretung von Privatrechten. Kann wegen Verletzung publizistischer Rechte des Gemeingebrauchs von öffentlichen Strassen Entschädigung verlangt werden?*

Nach ausdrücklichem Wortlaut der Art. 1 und 3 des

Bundesgesetzes vom 1. Mai 1850 ist zu einer Entschädigungsforderung stets ein Eingriff in die Privatrechte des die Entschädigung Verlangenden notwendig. Ein blosser faktischer Nachteil genügt zur Begründung einer derartigen Forderung nicht. Namentlich entsteht nach bundesgerichtlicher Praxis (Ullmer I, S. 406; Amtliche Sammlung II, S. 499; VI, S. 444; VII, S. 526) kein Anspruch auf Entschädigung deswegen, weil bisherige publizistische Rechte des Gemeingebrauchs von öffentlichen Strassen durch Bahnanlagen erschwert oder beseitigt werden. Der in der Theorie vertretene Standpunkt, dass auch wegen Verlegung und Aufhebung öffentlicher Wege Schadenersatz verlangt werden könne, indem derartige, in die Privatinteressen einschneidende Massregeln nicht auf Kosten des Einzelnen ausgeführt werden sollen (Dernburg, Pandekten I, S. 168; Regelsberger, Pandekten I, S. 423 und Andere), ist mit dem Wortlaut des eidgenössischen Expropriationsgesetzes nicht vereinbar. (Auch die Voraussetzungen, gestützt auf welche ausländische Gerichte in derartigen Fällen eine Entschädigung gesprochen haben [Aubry & Rau, Cours de droit civil français III, S. 69; Eger, Beiträge zur Lehre von der Enteignung im Archiv für die civilistische Praxis LXII, S. 290 u. ff.; Gleim, das Recht der Eisenbahnen in Preussen I, S. 241], treffen im konkreten Falle nicht zu. Denn es handelt sich hier weder um städtische Verhältnisse, noch sind die Umstände derart, dass ein stillschweigend zugesichertes Privatrecht auf Fortbestand der Strasse zu Gunsten der Rekurrenten angenommen werden kann.) Art. 6 des eidgenössischen Expropriationsgesetzes statuiert nichts weiteres, als die Verpflichtung der Eisenbahngesellschaften zur Ausführung derjenigen Bauten, welche infolge von Bahnanlagen behufs Erhaltung ungestörter Kommunikationen notwendig werden. Handelt es sich dabei um öffentliche Strassen, so haben zudem nur die Behörden, denen die Oberaufsicht über das Strassenwesen obliegt, nicht auch die Privaten das Recht, Begehren aus dem Inhalt dieses Artikels zu stellen. (Entsch. v. 15. März 1894 i. S. Gaudy & Dormann c. V.-S.-Bahnen.)

---

129. *Art. 46 B.-Ges. betr. Abtretung von Privatrechten vom 1. Mai 1850 und Art. 83 O. R. Zinspflicht des Enteigners, Zinsfuss.*

Die Zinspflicht des Enteigners ist eine gesetzliche und der Zinsfuss beträgt daher nach Art. 83 O. R. fünf vom

Hundert, da eine abweichende Uebung für Expropriationsfälle nicht besteht. (Entsch. v. 7. Juli i. S. Stalder c. Centralbahn.)

---

130. *Art. 44 B.-Ges. betr. die Abtretung von Privatrechten vom 1. Mai 1850. Durch diese Gesetzesbestimmung ausgeschlossene kantonale Gebühren.*

Die bezeichnete Gesetzesbestimmung schliesst nur die wirklichen Handänderungs- oder Einregistrierungsgebühren als Verkehrsabgaben, welche regelmässig nach dem Werte der erwähnten Liegenschaften erhoben werden, aus; dagegen bezieht sie sich nicht auf Kosten oder Gebühren für die Auszahlung der Entschädigungssummen. (Entsch. v. 13. Juli 1895 i. S. Flück c. Brienz-Rothhornbahn.)

---

## B. Entscheide kantonaler Gerichte.

131. *Deliktsschuld und daherige Schadenersatzpflicht auch bei Bestehen eines Contraktsverhältnisses. Art. 65 und 341 O. R.*

**Bern.** Urteil des App.- und Kass.-Hofes vom 16. November 1893 i. S. Schuhmacher c. Aebi.

Schuhmacher, als Stallknecht im Dienste bei Aebi, wurde anlässlich des Einspannens eines Pferdes von diesem an das Knie geschlagen und erlitt davon bleibenden Nachteil. Er forderte von Aebi Schadenersatz, gestützt auf Art. 65 O. R., eventuell Ausbezahlung des Lohnes für die Zeit seiner Krankheit nach Art. 341. Der Beklagte bestritt die Anwendbarkeit des Art. 65, weil er für im Dienst vorgefallene Verletzungen nicht auf Schadenersatz belangbar sei; eventuell machte er Selbstverschulden geltend. Der App. und Kass.-Hof äusserte sich über den ersteren Punkt folgendermassen:

Beklagter macht geltend, es handle sich hier um ein kontraktliches Verhältnis und es seien in Folge dessen die Art. 50 ff., speziell Art. 65 O. R., nicht anwendbar; allein der Satz, dass die Art. 50 ff. O. R. nur da anwendbar seien, wo Parteien nicht in einem Vertragsverhältnisse zu einander stehen, kann in dieser Allgemeinheit nicht als richtig anerkannt werden, und es ist im Gegenteil daran festzuhalten,

dass neben und unabhängig von den kontraktlichen Verpflichtungen für jeden Vertragskontrahenten die Haftung aus Delikten und Quasidelikten fortbesteht. Es ist in der That nicht erfindlich, warum da, wo die Voraussetzungen von Art. 50 ff. O. R. gegeben sind, der Umstand, dass Parteien auch vertraglich gebunden sind, die Anwendbarkeit jener Bestimmungen ausschliessen sollte (vgl. bundesger. Urt. vom 9. Dez. 1892 i. S. M c. B. Amtl. Slg. XVIII S. 858 ff.). In casu war mithin der Kläger, obschon er bei Anlass der ihm als Stallknecht obliegenden Dienstverrichtungen vom Pferde des Beklagten geschlagen wurde, zweifellos berechtigt, den letztern auf Grund des Art. 65 O. R. zum Schadenersatze anzuhalten.

(Des Weitern wird aber dann zu Gunsten des Beklagten ausgeführt, dass die Besorgung der Pferde speziell dem Kläger anvertraut war und daher anzunehmen sei, Beklagter habe alle erforderliche Sorgfalt in der Verwahrung und Beaufsichtigung der Tiere augewendet, um so mehr als Kläger besonderes Gewicht darauf gelegt hat, dass er seinen dienstlichen Obliegenheiten durchaus gewachsen gewesen sei. Daher wurde die Klage abgewiesen.)

(Zeitschr. des Bern. Jur.-Ver. XXX S. 320 ff.)

---

132. *Schadenersatz auf Grund von Art. 67 O. R. Regressrecht des Hauseigentümers gegen den Baumeister und Verkäufer des Hauses? Art. 257 O. R.*

**Baselstadt.** Urteile des Civilgerichts vom 4. Mai und des Appellationsgerichts vom 11. Juni 1894 i. S. Borer c. Bachofen.

Am 21. Mai 1893 wehte ein starker Sturmwind die Firstbleche vom Dache des Hauses, das dem S. Borer gehört, auf die Strasse herunter; dabei wurde die Frau des Nachbars von Borer durch ein Blech getroffen und im Gesichte verletzt. In Folge ihrer Klage verurteilte das Gericht den Borer auf Grund von Art. 67 O. R. und der Thatsache, dass der Schaden auf eine ungenügende Befestigung der Bleche auf dem Dache zurückzuführen sei, zu einer Entschädigung von 250 Fr. an die Klägerin. Borer klagte nun auf dem Regresswege diesen Betrag gegen W. Bachofen als den Erbauer des Hauses ein; Bachofen bestritt seine Haftpflicht, weil er am 26. Februar 1891 das Haus fix und fertig an Borer verkauft habe, somit seine Währschaftspflicht nach Art. 257 verjährt sei. Eventuell verkündete er dem Spengler Eisinger den Streit, weil dieser die Bleche gefertigt und befestigt habe und ihm also für den

Fall der Verurteilung ersatzpflichtig sei. Eisinger berief sich gegen diesen Regressanspruch ebenfalls auf die Verjährung. — Zwischen den beiden Instanzen ergab sich eine verschiedene Auffassung in der Richtung, ob der Beklagte sich auf die Verjährungsfrist von einem Jahr für Klagen aus Nachwährschaft berufen könne, oder ob nicht vielmehr der Klage der Charakter einer Währschaftsklage abgehe und nach Art. 67 und 362 O. R. eine Haftpflicht der Beklagten anzunehmen sei. Die erste Instanz wies den Kläger Borer ab mit der Motivierung:

„Der zwischen dem Kläger und dem Beklagten abgeschlossene Vertrag ist ein Kaufvertrag über eine Liegenschaft; das zwischen ihnen bestehende Rechtsverhältnis richtet sich daher gemäss § 2 des Einführungsgesetzes vom 26. Juni 1882 nach den Bestimmungen des Titels VII O. R. Für die Frage, ob ein Anspruch des Beklagten wegen Mängel des Kaufobjektes noch besteht, ist somit Art. 257 O. R. massgebend. Darnach fieng die Verjährung der bezüglichen Klage am 26. Februar 1891 zu laufen an, und die Klage war in dem Momente, wo der Schaden entstand, schon verjährt. Die Verjährung muss vom Richter berücksichtigt werden, denn der Beklagte wie der Streitberufene haben sie geltend gemacht. Art. 67 O. R., auf den sich der Kläger beruft, giebt nur gemäss Art. 362 ein Rückgriffsrecht gegen den Erbauer, d. h. nicht jedem Eigentümer des Werkes, sondern nur dem Werkvertragsbesteller steht es zu, nicht dem Käufer; es greift daher in casu nicht die fünfjährige Verjährung des Art. 362, sondern die einjährige des Art. 257 Platz."

Das Appellationsgericht verurteilte den Beklagten zur Zahlung der Klagsumme an den Kläger und wies ihn mit seinem Rückgriff auf den Streitberufenen ab.

Motive: Die in Art. 257 O. R. aufgestellte Verjährung von Klagen auf Gewährleistung wegen Mängel einer gekauften Sache ist in unserem Falle nicht anwendbar, da es sich überhaupt nicht um eine solche in Art. 257 behandelte Klage handelt. Der Kläger erhebt keinen Anspruch an den Beklagten auf Grund des Kaufes wegen mangelhafter Ware, sei es ein Anspruch auf Wandelung oder auf Ersatz des Minderwertes oder auf Beseitigung der Fehler, sondern er klagt auf Entschädigung wegen eines Delikts oder Quasidelikts, für das der Beklagte regressweise haftbar sein soll. In erster Linie ist massgebend der Art. 67 O. R., der den Eigentümer eines Schaden stiftenden Gebäudes dem Beschädigten gegenüber haftbar macht, ihm aber den Regress

„nach Massgabe des Art. 362 gegen den Erbauer“ vorbehält. Der Sinn dieses Vorbehalts wird wohl am richtigsten darin gefunden, dass in allen Fällen, wo ein Hauseigentümer durch Mangelhaftigkeit seines Gebäudes gegen Dritte schadenersatzpflichtig geworden ist, er den Regress gegen den Erbauer haben solle, und zwar (ohne Rücksicht darauf, ob er mit diesem in einem Vertragsverhältnisse steht und in welchem) in gleicher Verjährungsfrist, wie sie für die Klage des Bestellers eines Gebäudes gegen den Baumeister besteht, d. h. in fünf Jahren seit der Abnahme des Bauwerkes. Es ist diese Bestimmung des Art. 67 ein Ausfluss des Gedankens, dass die Schadenersatzpflicht des Hauseigentümers ohne das Correlat eines weiteren Rückgriffsrechtes auf den Erbauer, der doch eigentlich der Fehlbare ist, zu streng wäre. Demgemäss ist Beklagter für die durch das frühere Urteil konstatierte Mangelhaftigkeit der Baute und den dem Kläger dadurch erwachsenen Schaden im eingeklagten Betrage haftbar.

Dagegen kann ihm die Regressforderung gegen den Litisdenunzialen Eisinger nicht zugesprochen werden, weil hiefür die fünfjährige Verjährungsfrist nicht gilt, sondern die schon abgelaufene einjährige des Art 362 Abs. 1.

Dass dergestalt der Baumeister länger haftet als die ihm für die Baute arbeitenden Handwerker, rechtfertigt sich dadurch, dass er die Pflicht hat und auch in der Lage ist, die Handwerkerleistungen genau zu kontrollieren und über solide Herstellung zu wachen, wozu andrerseits der Bauherr gegenüber dem Baumeister nicht befähigt ist, vielmehr das Gebäude von ihm auf Treu und Glauben annehmen muss.

---

### 133. *Retentionsrecht. Erfordernis des Zusammenhangs von Forderung und Gegenstand der Retention. Art. 224 O.R.*

**Luzern.** Urteil des Obergerichts vom 30. Juni 1893.

J. L. klagte gegen A. M. u. J. A. auf unbeschwerte Herausgabe einer ihm gehörigen Gült, die sein Bruder A. L. seiner Zeit auf unrechtmässige Weise sich angeeignet und weiter begeben habe. Die Beklagten verweigerten die Herausgabe, bis ein von A. L. bei einem J. B. erhobenes Darleihen, wofür sie (Beklagte) dem J. B. sich als Bürgen verpflichtet haben, bezahlt sei; die Gült sei ihnen seiner Zeit von J. B., der sie von A. L. erhalten, behufs Sicherung in Anwesenheit und mit Einwilligung des Schuldners übergeben worden und sie machen nun ein Retentionsrecht daran geltend. Das Obergericht hat dieses Retentionsrecht nicht anerkannt.

Motive: (Zuerst wird ausgeführt, dass der Kläger die Gült seinem Bruder anvertraut hat und die Beklagten auf rechtmässige Weise und in gutem Glauben in den Besitz der Gült gekommen sind, dass aber eine gültige Verpfändung daran nicht stattgefunden hat.) Doch auch ein blosses Retentionsrecht ist nicht anzuerkennen. Nach Art. 224 O.R. ist für Geltendmachung eines Retentionsrechts u. a. vorausgesetzt, dass die Forderung und der Gegenstand der Retention in einem Zusammenhange stehen. Nun setzt aber dieses Retentionsrecht, wie die Praxis verschiedener schweiz. Gerichte festgestellt hat, natürlichen, nicht bloss gewollten Zusammenhang zwischen der Forderung und dem Objekte der Retention voraus (vergl. Schneider & Fick, Comm. Gr. A. zu Art. 224, Note 22 ff.). Dafür sprechen auch die Konsequenzen, welche sich aus der gegenteiligen Anschauung ergeben würden. Denn wenn auch überall da, wo der Zusammenhang nur auf dem Willen der Parteien beruht, d. h. wo in dem Bestehen einer Forderung die Ursache liegt, dass der betreffende Gegenstand sich in der Innehabung des Gläubigers (hier der Bürgen) befindet, ein Retentionsrecht anerkannt werden wollte, so würde die notwendige Folge davon eben die sein, dass jede ungültige Faustpfandbestellung auf dem Wege des Retentionsrechtes zur rechtlichen Wirksamkeit gebracht werden könnte und so die auf Bestellung eines Faustpfandes bezüglichen Formvorschriften illusorisch gemacht würden (vgl. Urteil des bern. Appell.-Hofes vom 22. Nov. 1884 in der Zeitschr. des bern. Jur.-Vereins, XXI, S. 208 ff.).

(Verhandl. des Oberger. und der Justiz-Komm. 1893, S. 75 ff.)

---

134. *Paiement d'indemnité effectué directement par l'assureur en mains de l'ouvrier assuré par son patron: negotiorum gestio pour le patron aux risques et périls du negotiorum gestor. Art. 470 C. O.*

**Genève.** Jugement de la Cour de justice civile du 26 mai 1894 d. l. c. La Winterthur c. Faesch et Piccard.

Faesch et Piccard avaient contracté, auprès de la Société suisse d'assurance contre les accidents à Winterthur, une assurance collective combinée contre les conséquences de leur responsabilité civile comme fabricants. Un de leurs ouvriers, le sieur Lattmann, ayant été victime d'un accident, et les ayant assignés devant le tribunal, F. et P. ont informé immédiatement la société du procès. Celle-ci a dirigé entièrement le procès qui s'est terminé par un arrêt de la Cour de justice

confirmé par arrêt du Tribunal fédéral condamnant F. et P. à payer à Lattmann une indemnité totale de 787 fr. La société, sans en référer à F. et P., a versé directement à Lattmann cette somme. Mais pendant la maladie de L., F. et P. lui avaient fait des avances au montant total de 369 fr.; ils réclament à la Winterthur le remboursement de cette somme et ensuite de son refus de satisfaire à leur demande, ils l'ont assigné devant le tribunal. Les deux instances ont condamné la Winterthur à payer la somme réclamée. Voici le motif principal de la Cour de justice:

Si la Winterthur a réglé compte directement avec Lattmann et sans en informer les intimés (au premier procès), elle l'a fait en qualité de *negotiorum gestor* de F. et P., et à ses risques et périls. En effet, si elle avait reçu mandat de suivre le procès intenté par L., ce mandat cessait après le dernier engagement et ne comportait pas le paiement de l'indemnité;

Comme elle s'immiscait, sans y être invitée, dans les affaires des intimés, il lui appartenait de se renseigner auprès d'eux de toutes les circonstances de leur discussion avec L. et des comptes qu'ils pouvaient avoir à régler ensemble, et elle ne saurait faire un grief à F. et P. de ne pas l'avoir prévenue alors qu'ils ignoraient que le règlement allait intervenir.

En les informant de ce règlement seulement après qu'il eût été opéré, elle a commis une négligence qui a eu pour conséquence de les priver de l'exercice de leur droit de compenser leurs avances avec l'indemnité qu'ils étaient condamnés à payer;

Or, le gérant d'affaires répond de toute négligence (art. 470 C. O.). (La Semaine judicaire 1894 p. 488 ss.)

---

135. *Bürgschaft, einfache auf unbestimmte Zeit für eine terminierte Hauptschuld. Werden, falls der Gläubiger die Einklagung der Hauptschuld nach Verfall und die Anmeldung im Konkurs eines Bürgen unterlassen hat, die übrigen Bürgen frei? Art. 496, 503, 508—511 O. R.*

**St. Gallen.** Entsch. der Rekurs-Kommission vom 22. Sept. 1893.

Laut Obligation vom 8. Februar 1890 hat X. erklärt, „dass er heute von Y. Fr. 1000 entlehnt habe; er verspricht selbe auf „ein Jahr zurückzuzahlen samt Zins zu 5 %."

Am Fusse dieser Obligation haben A., B. u. C. als Bürgen unterschriftlich erklärt,

„dass sie für obgenanntes Darleihen von Fr. 1000 mit solidarischer Haft„barkeit samt Zins und allfälligen Kosten haften bis zur gänzlichen Rück„zahlung".

Am 8. Februar 1891 war die Rückzahlung fällig. Sie wurde vom Hauptschuldner nicht geleistet und vom Gläubiger nicht eingefordert; auch seitens der Bürgen erging weder gegen den Gläubiger noch gegen den Hauptschuldner eine auf Regulierung der Sache abzielende Willensäusserung. Am 22. Jan. 1892 fiel der Bürge C. in Konkurs. In diesem Konkurse ist weder vom Gläubiger noch von einem der beiden andern Bürgen eine Forderungseingabe gemacht worden. Im Frühjahr 1893 erhob der Gläubiger gegen den Hauptschuldner die Betreibung. Allein vor der Pfandverwertung geriet auch dieser in Konkurs. Am 10. Juni 1893 erwirkte dann der Gläubiger gegen die Bürgen A. und B. den Zahlungsbefehl für die Fr. 1000 nebst Zinsen, erhielt aber Rechtsvorschlag in dem Sinne, dass A. und B. für den auf ihren Mitbürgen C. entfallenden Drittteil der verbürgten Schuld nicht mehr haften. Für ihre eigenen Zweidrittteile der Schuld anerkannten sie sich als haftbar. — Das Bezirksgericht schützte die Bürgen A. und B. bei ihrer Zahlungsverweigerung, indem es erklärte, sie hätten die Haftbarkeit ganz ablehnen können. Die Rekurskommission hat dieses Urteil aufgehoben, im Wesentlichen aus folgenden Gründen:

Der Kläger hat durch die Nichteinhebung der Forderung beim Hauptschuldner und durch Unterlassung einer betr. Mitteilung und Haftbarerklärung gegenüber den Bürgen bei Verfall der Schuld seine Forderungsrechte gegenüber den Bürgen keineswegs verwirkt. Es liegt allseitig unbestritten eine terminierte Hauptschuld und eine nichtterminierte, „bis zur gänzlichen Rückzahlung" fortbestehende solidarische Bürgschaft, ohne Selbstzahlerpflicht vor (Art. 503 Abs. 1 O. R.). — Nun besteht bei einer solchen Bürgschaft die Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber den Bürgen bezüglich Eintreibung der Schuld nicht. — Gemäss Art. 503 konnte der Bürge nach Eintritt der Fälligkeit der Hauptschuld das Begehren stellen, dass der Gläubiger binnen 4 Wochen die ganze Forderung gegen den Hauptschuldner rechtlich geltend mache und den Rechtsweg ohne Unterbrechung fortsetze, widrigenfalls er (der Bürge) frei werde. Auch ist dem beklagten Bürgen nach Eintritt der Fälligkeit der Hauptschuld das Recht zugestanden, vom Gläubiger zu verlangen, dass dieser von ihm Befriedigung annehme oder ihn aus der Bürgschaft entlasse (Art. 509 O. R.). Endlich ist den Beklagten nach Art. 511 Ziff. 2 O. R. auch

das Recht zugestanden, vom Schuldner Sicherstellung zu verlangen, sobald er in Verzug kam, also bei dieser auf 8. Februar 1891 fällig gewordenen Schuld schon mit Ablauf dieses Tages (Art. 117 Abs. 2 O. R.). Der Bürge hatte es also in seiner Hand, sich gegen allfällig ihm aus der Säumnis des Klägers in Einhebung der Hauptschuld drohenden Schaden selbst zu sichern.

Der Kläger hat seine Forderungsrechte aus der Bürgschaft gegenüber A. und B. auch dadurch nicht verwirkt, auch nicht für einen Teil derselben, dass er unterlassen hat, sie im Konkurse des Mitbürgen C. anzumelden. Dieser Konkurs ist erst am 22. Februar 1892 eingetreten, nachdem die Hauptschuld schon seit mehr als einem Jahr fällig geworden war. Vom 8. Februar 1891 an hatten A. und B. als Mitbürgen die Möglichkeit, die ihnen aus Art. 503 Abs. 1 u. 3, aus Art. 509 u. 511 O. R. sowohl gegenüber dem Gläubiger, als gegenüber dem Schuldner und indirekt auch gegenüber dem Mitbürgen C. (Art. 504, 507, 508 O.R.) zustehenden Rechte zu ihrer Sicherung geltend zu machen. Wenn sie in Folge Unterlassung dieser zu ihrer Sicherung dienenden Schritte Schaden leiden, so haben sie es der eigenen Saumsal zuzuschreiben. Im O.R. findet sich keine Bestimmung, laut welcher dem Gläubiger zu Gunsten der Bürgen im Konkurse eines Mitbürgen ähnliche Verpflichtungen überbunden würden, wie sie ihm in Art. 510 O. R. im Konkurse des Hauptschuldners überbunden sind. — Eine zum Nachteil des Bürgen seitens des Gläubigers verursachte Verminderung der bei Eingehung der Bürgschaft vorhanden gewesenen Sicherheiten, für welche Verminderung nach Art. 508 O. R. der Gläubiger dem Bürgen haftbar würde, liegt da nicht vor, wo, wie hier, die Forterhaltung der Sicherheit, bezw. die Geltendmachung der Haupt- und Regressansprüche aus der Bürgschaft im Konkurse eines Mitbürgen den andern Mitbürgen ebenso gut zusteht und obliegt, wie dem Gläubiger selbst.

(Entscheid. des Kantonsger. St. Gallen 1893 S. 88 ff.)

---

136. *Zu Art. 867, 876 u. 50 O. R. Inwiefern fallen Wirtschaftsbezeichnungen unter den Firmenschutz? Ist die Firma als Ganzes oder sind auch die einzelnen Bestandteile derselben geschützt? Illoyale Konkurrenz.*

**Zürich.** Urteil des Handelsgerichtes vom 9. März 1894 i. S. Weiss c. Waldkirch.

Am 12. März 1891 liess Frau L. Knecht-Gossweiler,

welche in der Nähe des neuen Theaters in Zürich eine Wirtschaft, sowie eine Brauereiagentur betrieb, ins Handelsregister eintragen, dass ihr Geschäftslokal sich nunmehr „Café du théâtre", Dufourstrasse 20, befinde. Gleichzeitig machte sie den Behörden die polizeilich vorgeschriebene Anzeige von der Weiterführung des Wirtschaftspatentes unter dem veränderten Namen „Café du théâtre". Schon 2 Monate vorher hatte sie einem Vereine, der sie um Einräumung eines Klublokales angegangen, mitgeteilt, ihre Adresse sei vom 1. April 1891 an „Café du théâtre", Dufourstrasse 20, welche Mitteilung in dem Organe des genannten Vereins publiziert wurde.

Ebenso hatte Frau Knecht schon am 6. März neue Briefcouverts bestellt, auf denen sie das Domizil ihrer Brauereiagentur mit „Café du théâtre" bezeichnete.

Am 21. März liess der Inhaber einer ebenfalls in der Nähe des Theaters gelegenen, bis anhin unter dem Namen „Café Schanzeneck" betriebenen Wirtschaft letztere mit der Aufschrift „Café du théâtre" versehen und zeigte dann in mehreren Blättern an, dass er das unter dem Namen „Café Schanzeneck" betriebene Geschäft unter dem Namen „Café du théâtre" fortführen werde. Am 24. April liess er ins Handelsregister eintragen: „Inhaber der Firma J. F. Weiss, Café du théâtre in Riesbach ist Joh. Fried. Weiss, Restauration Seefeldstrasse 1." Gestützt auf diesen Eintrag, sowie auf die weitere Behauptung, er habe den Entschluss, seinem Restaurant den Namen „Café du théâtre" zu geben, schon Mitte 1890 gefasst und sich in diesem Sinne auch gegenüber Drittpersonen geäussert, verlangte er im summarischen Verfahren gegenüber Frau K. ein Verbot auf Führung der Enseigne „Café du théâtre", wurde aber mit seinem Begehren zweitinstanzlich abgewiesen.

Der diesfällige Entscheid der Rekurskammer des zürcherischen Obergerichts vom 15. Juli 1891 ging in der Hauptsache davon aus, der Zusatz „Café du théâtre", dessen Schutz der Petent gestützt auf Art. 876 O.R. beanspruchte, erscheine zwar bei der Registrierung des Klägers W. als Bestandteil der Firma; allein dieser Zusatz sei gemäss Art. 867 O. R. ein unstatthafter und könne daher einen gesetzlichen Schutz nicht beanspruchen (Schweiz. Blätter für handelsr. Entsch. Bd. X, S. 298).

Nachdem Frau Knecht die streitige Wirtschaft in der Folge verkauft und deren Rechtsnachfolger im Handelsregister die Firma hatte eintragen lassen: „N. Waldkirch, Grand Café

du théâtre", belangte Weiss den letzteren vor Handelsgericht auf Streichung der Worte „du théâtre".

Die Klage wurde abgewiesen.

Motive: 1. Wenn auch kein Zweifel darüber walten kann, dass die im Prozess streitige Bezeichnung „Café du théâtre" thatsächlich als Bestandteil in die Firma des Klägers aufgenommen ist, so ist damit die Rechtsfrage, ob die Aufnahme in die Firma gesetzlich statthaft sei, noch nicht entschieden, vielmehr muss der Entscheid hierüber unbeschadet der in Art. 875 O. R. der Registerbehörde zustehenden Kognition, den Gerichten vorbehalten bleiben (vgl. Entscheid des Bundesrates vom 9. Juli 1887, bei Siegmund, Handbuch für die schweizerischen Handelsregisterführer S. 181, Erw. 3, ferner Schneiders Komm. zu Art. 868, Note 5).

2. Es fragt sich nun, ob unter den nach Art. 867 Schlusssatz neben dem Familien-, resp. Vornamen gestatteten Zusätzen „zur nähern Bezeichnung des Geschäfts" lediglich solche zu verstehen seien, welche die Natur und den Charakter des unter der Firma betriebenen Geschäftes präzisieren. Letztere Auslegung findet eine Stütze im französischen Text des Art. 867 („indications de nature à désigner d'une façon plus précise sa personne ou le genre de ses affaires"). Dieser Natur ist der in Frage stehende Zusatz offenbar nicht; derselbe enthält lediglich eine Etablissementsbezeichnung, welche zur Nachbarschaft des Stadttheaters in Beziehung gesetzt oder aber auch als blosse Phantasiebezeichnung aufgefasst werden kann. Die Rekurskammer des Obergerichts hat daher in ihrem Entscheid vom 15. Juli 1891 diesen Zusatz als unstatthaft und insofern auch gegen die Vorschriften der Firmenwahrheit verstossend erklärt, als dadurch die irrige Auffassung veranlasst werden könne, dass es sich dabei um ein von der Theaterunternehmung bezw. einem Theaterpächter geführtes oder in den Theaterräumen befindliches Etablissement handle.

Hiebei ist indes zu beachten, dass Art. 867 Abs. 2 O. R. wörtlich dem Art. 16 Abs. 2 des allgem. deutsch. H. G. B. entnommen ist, während die Richtigkeit jener engeren Auslegung nach der an diese Gesetzesbestimmung sich anschliessenden Theorie und Gerichtspraxis mindestens als zweifelhaft angesehen werden muss (gegen dieselbe namentlich Hahn, Komm. z. H. G. B., 4. Aufl. zu Art. 16 Anm. 6). In der Praxis der schweiz. Registerbehörden erscheint die Aufnahme von Etablissementsbezeichnungen in die Firma als statthaft angesehen zu werden (s. hierüber Siegmund a. a. O. S. 180—181), und in diesem Sinne lautet auch der oben an-

geführte Entscheid des Bundesrates, welcher den von einem Gastwirte geführten Firmazusatz „zur Post" geschützt hat. Für die Gerichte liegt aber wohl kaum eine genügende Veranlassung zu einer anderweitigen Gesetzesinterpretation vor.

3. Wenn davon ausgegangen werden kann, der Zusatz „Café du théâtre" sei ein gesetzlich zulässiger Bestandteil der Firma des Klägers, so hat dieser gemäss Art. 876 O. R. das Recht auf den ausschliesslichen Gebrauch seiner mit diesem Zusatz versehenen, im Handelsamtsblatt veröffentlichten Firma und steht ihm nach Abs. 2 dieser Gesetzesstelle gegenüber jedem Unberechtigten der Anspruch auf Unterlassung eines ihn beeinträchtigenden unbefugten Gebrauches derselben zu.

Eine solche Beeinträchtigung liegt gemäss Art. 868 O. R. dann vor, wenn der Beklagte eine Firma führt, welche sich von derjenigen des Klägers nicht „deutlich unterscheidet". Als „deutlich" muss dabei jede Unterscheidung gelten, welche bei Anwendung der im Verkehre üblichen Sorgfalt erkennbar ist, und es genügt hiezu, im Unterschied zu den Grundsätzen des Markenrechtes, an einer verhältnismässig unbedeutenden Verschiedenheit, da es im Verkehre üblich ist, beim Gebrauche einer Firma und beim Kontrahieren mit einer solchen mit Genauigkeit zu verfahren. (Bundesger. Entsch. A. S. Bd. XVII, S. 649, Erw. 4 i. S. Hediger.)

Nun lautet die Firma des Klägers „J. F. Weiss, „Café du théâtre", im Vergleich mit derjenigen des Beklagten „N. Waldkirch, Grand Café du théâtre", derart verschieden, dass eine Verwechslung beider Firmen bei irgend welcher Sorgfalt überall nicht befürchtet werden muss.

4. Ohne Zweifel muss nämlich in dieser Hinsicht jeweilen die ganze Firma in Betracht gezogen werden. Dies folgt daraus, dass der in Art. 876 O. R. statuierte Rechtsschutz „der Firma" zukommt, welche aber nur als Ganzes eine solche ist; die Argumentation, dass der Schutz der Firma als eines Ganzen auch denjenigen ihrer einzelnen Bestandteile, und zwar eines jeden für sich, bewirke, ist demnach unlogisch, und eine solche Auslegung würde auch offenbar der Meinung des Gesetzes zuwiderlaufen. Ein derartiger Anspruch ist denn auch vom Bundesgericht speziell mit Bezug auf Gasthofbezeichnungen wie „Hôtel" und „Grand Hôtel" verneint worden (A. S. Bd. XVII, S. 516, Erw. 5 u. Revue X, Nr. 4 i. S. Danioth c. Christen-Kesselbach).

5. Der Kläger beruft sich sodann weiter auf Art. 50 u. 55 O. R. zum Schutze gegen eine angebliche illoyale Konkur-

renz des Beklagten. Ein derartiger Anspruch ist auf Grund der bundesrechtlichen Praxis im Anschlusse an die französische Rechtsanschauung insofern in gewissem Masse anzuerkennen, als der kaufmännische Kredit, als ein immaterielles Gut, von Konkurrenten nicht mittelst einer Handlungsweise geschmälert werden darf, welche sich als unlautere Konkurrenz (concurrence déloyale) qualifiziert, und dass hiegegen dem Verletzten nicht bloss eine Schadenersatzforderung, sondern auch eine Präjudizialklage zusteht. (Vgl. Entscheid des Bundesgerichtes i. S. Danioth c. Christen-Kesselbach a. a. O.; i. S. J. S. Stahl c. Weiss-Boller, A. S. Bd. XVII, S. 712 ff., Erw. 2 u. 5; Revue X, Nr. 30; Blätter f. h.-r. Entscheid. Bd. X, S. 328 Erw. 2, S. 133 Erw. 2 und die dort angeführten Entscheidungen und Litteraturangaben.) Und zwar bedarf es in dieser Hinsicht keiner Handlungsweise, wodurch ein bestimmtes, vom Gesetz auch sonst geschütztes Rechtsgut verletzt würde, wie z. B. das Firmenrecht, vielmehr genügt es an einer an sich erlaubten, d. h. nicht verbotenen Handlung, wenn sie die Schädigung eines Andern bezweckt und nach der Anschauung des Verkehrs gegen die gute Sitte verstösst.

Als ein solches, gegen illoyale Konkurrenz geschütztes Rechtsgut sind nun Etablissementsbezeichnungen allerdings grundsätzlich anzuerkennen, indem erfahrungsgemäss der kaufmännische Kredit und die Kundschaft in manchen Fällen eben an solche Namensbezeichnungen geknüpft sind, welche sich dem Gedächtnis des Publikums oft intensiver als der Name des Geschäftsinhabers einprägen, und dies gilt namentlich von Gasthof- und Wirtschaftsschilden, unter denen die bezüglichen Geschäfte in der Regel bekannt sind.

Von einer unlauteren Konkurrenz durch Anmassung einer bereits im Gebrauche stehenden Etablissementsbezeichnung kann indess nur dann die Rede sein, wenn die Anmassung mit der Absicht der Schädigung des Konkurrenten bezw. der eigenen Bereicherung auf dessen Kosten geschieht. Jene unerlaubte Absicht setzt aber einerseits das Wissen des Konkurrenten voraus, dass die betreffende Bezeichnung von einem Andern bereits gewählt worden sei, und anderseits, dass dieser, der die Bezeichnung für sich beansprucht, dieselbe bei seinen Geschäftsfreunden und dem Publikum bereits in einer Weise bekannt gegeben und derart im Verkehr benutzt habe, dass seine Kundschaft in gewissem Masse als mit dieser Bezeichnung verknüpft erscheint (vgl. handelsr. Ent-

scheid. Bd. X, S. 298). Dagegen kann es unmöglich angehen, dass jemand mittelst seines blossen Entschlusses gewisse Namensbezeichnungen für sich occupiert und daraus gar ein stärkeres Recht gegen deren bisherigen Gebrauch seitens Anderer herleitet.

Nach dem Gesagten ist es unerheblich, wenn der Kläger bezüglich der Konzeption der Idee jener Benennung gegenüber dem Beklagten zeitlich im Vorsprunge war. Unerheblich ist auch, ob die Rechtsvorfahrin des Beklagten von der Absicht des Klägers, diese Bezeichnung zu wählen, Kenntnis erhielt und vielleicht erst hiedurch ihrerseits auf die nämliche Idee kam, wofür übrigens ein Beweis nicht geleistet ist und wohl auch kaum geleistet werden könnte. Wesentlich ist vielmehr lediglich der Zeitpunkt der öffentlichen Kundgebung der fraglichen Namensbezeichnung ans Publikum, und in dieser Hinsicht lässt sich eine Priorität seitens des Klägers nicht feststellen; vielmehr deutet Manches auf eine gleichzeitige und selbständige Entschliessung beider Parteien für die neue Namensbezeichnung hin, welche letztere übrigens bei der damals in der Nähe begonnenen Theaterbaute durchaus nicht ferne lag.

Somit erscheint auch der Anspruch des Klägers aus Art. 50 ff. O. R. als unbegründet und es ist daher die Klage abzuweisen. (Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch. XIII, [1894] S. 122.)

---

137. *Handlungsfähigkeit in Folge Volljährigkeit zerstört die väterliche Gewalt. B.-Ges. betr. die persönliche Handlungsfähigkeit vom 22. Juni 1881 Art. 1.*

**Luzern.** Urteil des Obergerichts vom 28. März 1893.

In einem Injurienprozesse, worin Maria A. als Mitklägerin auftrat, hatte ihr Vater in ihrem Namen die Prozessvollmacht an den Anwalt unterzeichnet. Die Beklagten beantragten beim ersten Gerichtsvorstande Verurteilung der Maria A. zu den Tageskosten, weil sie nicht erschienen und nicht vertreten sei, letzteres nicht, da sie volljährig, der Vater also für sie einen Bevollmächtigten zu legitimieren nicht befugt gewesen sei. Beide Instanzen billigten diese Einrede.

Motive: Es ist unbestritten, dass Maria A. volljährig ist und in ungetrennter Hausgemeinschaft bei ihrem Vater lebt. Gemäss § 79 Ziff. 2 bürg. G. B. bildet allerdings der Eintritt der Volljährigkeit, d. h. die Erreichung des zwanzigsten Lebensjahres, nicht allein den Grund für das Erlöschen der väterlichen Gewalt, sondern es hat die Herausnahme des Ver-

mögens oder der Empfang der Aussteuer oder sonstwie der Beginn eines selbständigen Haushaltes hinzuzutreten. Es müsste demnach der Richter, wenn diese Gesetzesbestimmung noch volle Geltung hätte, sich zweifellos für die Annahme entscheiden, Maria A. stehe noch unter väterlicher Gewalt und sei daher nicht handlungsfähig. Nun hat aber der § 79 Ziff. 2 bürg. G. B. durch Art. 1 B.-Ges. betr. die persönliche Handlungsfähigkeit vom 22. Juni 1881 eine Modifikation in dem Sinne erlitten, dass die persönliche Handlungsfähigkeit seither schon durch den blossen Eintritt der Volljährigkeit erlangt wird. Gemäss dieser Gesetzesvorschrift ergiebt sich also vorliegend schon aus der Thatsache, dass Maria A. volljährig ist, die Konsequenz, dass die väterliche Gewalt über sie aufgehört hat[1]) und sie daher vollkommen handlungsfähig ist. Diese Annahme hat zur natürlichen Folge, dass ohne ihre Einwilligung keinem Dritten das Recht zukömmt, einem Anwalt Vollmacht zu erteilen, für die Klägerin Maria A. einen Prozess zu führen. Dies kann daher auch nicht seitens des Vaters A. geschehen, indem derselbe nach dem Erlöschen der väterlichen Gewalt über die Klägerin im Verhältnis zu dieser bezüglich der Vertretung wie ein Dritter erscheint.

(Verhdl. des Oberger. und der Justizkomm. 1898 Nr. 200)

---

138. *Eheliches Güterrecht der Ausländer in der Schweiz. Art. 19 und 32 B.-Ges. betr. die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter vom 25. Juni 1891.*

*Hat eine mit ihrem Ehegatten im Kanton Zürich unter dem System der allgemeinen Gütergemeinschaft lebende Ausländerin das Recht zu verlangen, dass sie im Grundprotokoll als Miteigentümerin der auf den Namen des Ehemannes eingetragenen*

---

[1]) Diese Konsequenz ist doch wohl zu beanstanden; einmal erschöpft sich die väterliche Gewalt nicht in der Vertretung des (handlungsunfähigen) Kindes, sondern schliesst auch das Recht auf Verwaltung und Genuss des Kinderguts in sich, und dieses Recht kann trotz Handlungsfähigkeit des Kindes fortbestehen. Weiter aber bedingt diese letztere an sich noch nicht die Pflicht des Vaters, für die von dem Kinde vollzogenen Rechtshandlungen, wenn sie auch für das Kind verbindlich sind, mit dem Kindesvermögen einzustehen, wodurch sein Verwaltungs- und Nutzungsrecht möglicherweise illusorisch würde. Das Bundesgesetz ist u. E. für diese Fragen unverwertbar, die einzig und allein nach kantonalem, in casu nach luzernerischem Elternrecht zu lösen gewesen wären. Die Red.

*Liegenschaften eingeschrieben werde? Verhältnis des lemma 1 von Art. 19 des B.-Ges. zu lemma 2 daselbst.*

**Zürich.** Urteil der Appellationskammer des Obergerichtes vom 11. April 1894 i. S. Henneberg c. Henneberg.

Unterm 3. Oktober 1887 verehelichte sich der aus Preussen gebürtige G. H. mit O. R. von München; in einem vor der Verehelichung abgeschlossenen Ehevertrage war zwischen den Ehegatten die allgemeine Gütergemeinschaft vereinbart worden. Nach Abschluss der Ehe wohnten die Eheleute H. eine Zeit lang in Schachen bei Lindau, Bayern, woselbst die allgemeine Gütergemeinschaft als gesetzliches Güterrecht gilt. Seit 1890 wohnten die Ehegatten in Zürich, wo G. H. seit der Zeit vor Eingehung der Ehe Liegenschaften besitzt.

Als in der Folge zwischen den Ehegatten Differenzen entstanden, stellte Frau H. zunächst im summarischen Verfahren und nachdem sie daselbst abgewiesen worden war, im ordentlichen Prozessverfahren das Begehren:

1. Der zwischen den Litiganten abgeschlossene Ehe- und Erbvertrag sei als gültig zu erklären und zwar auch bezüglich des im Kanton Zürich befindlichen beweglichen und unbeweglichen Vermögens beider Ehegatten.

2. Der Beklagte sei zu verpflichten, mit der Klägerin zusammen diesen Erb- und Ehevertrag dem Gerichte zur Ratifikation und Publikation zu unterbreiten.

3. Derselbe sei verpflichtet, die Klägerin als Miteigentümerin der auf seinen Namen eingeschriebenen Liegenschaften eintragen zu lassen, eventuell sei ihm zu verbieten, ohne ihre Zustimmung diese Liegenschaften zu verkaufen oder zu verpfänden, und es sei hievon am Grundprotokoll Vormerk zu nehmen.

Die Appellationskammer entschied in teilweiser Gutheissung der Klage dahin:

1. Der Beklagte sei verpflichtet, die Klägerin als Miteigentümerin des gesamten beweglichen und unbeweglichen Ehevermögens — und zwar auch der im Kanton Zürich befindlichen Objekte — anzuerkennen.

2. Demselben werde untersagt, sich ohne Zustimmung der Klägerin hinsichtlich der auf seinen Namen eingetragenen Liegenschaften in Zürich Dritten gegenüber zur Einräumung von dinglichen Rechten irgend welcher Art zu verpflichten.

Im weitern wurden die betreffenden Notare angewiesen, Rechtsgeschäfte des Beklagten, welche die genannten Liegenschaften betreffen, nur mit Genehmigung der Ehefrau H. oder mit gerichtlicher Ermächtigung zu fertigen.

Motive: Bei der Frage, nach welchem Rechte die Wirkungen der H.'schen Ehe zu beurteilen seien, kommt das Bundesgesetz betr. die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter zur Anwendung. Darauf, dass die Eheleute H. sich vor dem Inkrafttreten des genannten Gesetzes verehelicht haben, kommt Nichts an. Kodifikationen betreffend die örtliche Kollision der Statuten enthalten keine materiellen Rechtsgrundsätze, sondern nur Anweisungen an den Richter mit Bezug auf die Frage, welches Rechtssystem derselbe im gegebenen Falle seiner Entscheidung zu Grunde zu legen habe, woraus folgt, dass derartigen Kodifikationen genau sowie neuen Prozessgesetzen rückwirkende Kraft innewohnt, d. h., dass dieselben bei jedem unter ihrer Herrschaft angehobenen Rechtsstreite gehandhabt werden müssen.

2. Hienach ergiebt sich gemäss Art. 19 des Bundesgesetzes, dass dem Beklagten gegenüber die Fixierung der der Klägerin am ehelichen Vermögen zustehenden Rechte nicht nach zürcherischem, sondern nach dem Statutarrecht von Lindau zu erfolgen hat. Der Beklagte wendet zwar ein, „nach Art. 19 cit. sei in Wirklichkeit die Wandelung des ehelichen Güterrechtes vorgesehen und demnach als Güterrecht der Ehegatten dasjenige des neuen Wohnsitzes zu betrachten und es habe der erste Satz des Art. 19 lediglich die Bedeutung, dass jeder Ehegatte dem andern gegenüber für die durch den Wohnsitzwechsel herbeigeführte Wandelung persönlich verantwortlich erscheine; die Idee einer Kombination zweier verschiedener Güterrechtssysteme in dem Sinne, dass für die Ehegatten nach innen und nach aussen ein verschiedenes Recht gelte, sei undenkbar, da nicht jemand zugleich Eigentümer und Nichteigentümer, Gläubiger und Nichtgläubiger sein könne."

Wenn nun auch letzterer Satz richtig ist, so ist es anderseits sehr wohl gedenkbar, dass der Richter eine Person — trotz rein äusserlicher Verschiedenheit der Fälle — das eine Mal als Eigentümer oder Gläubiger, das andere Mal als Nichteigentümer bezw. Nichtgläubiger behandelt, indem er in dem einen Falle dieses, in dem andern Falle jenes Rechtssystem seinem Entscheide zu Grunde legt. Es handelte sich für den Gesetzgeber nicht darum, die Wirkungen einer Verlegung des ehelichen Domizils zu bestimmen, sondern nur um die Frage, von welchem rechtlichen Gesichtspunkte aus der Richter im Streitfall die Wirkungen des Eheabschlusses aufzufassen habe. Der Konflikt zwischen den ver-

schiedenen Rechtsauffassungen wird in der Weise gelöst, dass der Richter je nach Umständen entweder dem Recht des ersten oder demjenigen des jeweiligen ehelichen Domizils folgen soll, wobei es lediglich auf die Person der Parteien ankommt. Bei Streitigkeiten unter den Ehegatten selbst soll das Recht des ersten ehelichen Domizils entscheiden, während bei Differenzen zwischen den Ehegatten und Dritten das Territorialprinzip zur Anwendung zu bringen ist. Der Umstand, dass sich aus diesem Dualismus unzweifelhaft missliche Konsequenzen ergeben, ändert nichts daran, dass derselbe vom Gesetzgeber gewollt ist. Ebenso haltlos ist der Standpunkt des Beklagten, dass nach Art. 28 Ziff. 1 des B.-Ges. wenigstens hinsichtlich der hierorts befindlichen Liegenschaften des Beklagten zürcherisches Recht zur Anwendung komme. Damit will offenbar behauptet werden, diese von den Schweizern im Auslande handelnde Bestimmung gelte reciprok auch für die Rechtsverhältnisse der Ausländer in der Schweiz. Nun bezieht sich aber Art. 32 B.-Ges., welcher von den Rechtsverhältnissen der Ausländer in der Schweiz handelt, offenbar nicht auf Art. 28—31, sondern auf Art. 1—27 daselbst, zudem bezieht sich Art. 28 cit. gar nicht auf die güterrechtlichen Verhältnisse der Schweizer im Auslande; diese werden ausschliesslich durch Art. 31 geregelt.

3. Nach dem Gesagten erscheint, da nach dem Statutarrecht von Lindau die Ehegatten Miteigentümer des gesamten ehelichen Vermögens werden, das Begehren der Klägerin, dass der Beklagte sie als Miteigentümer der sämtlichen von ihm in die Ehe gebrachten und nachher erworbenen Aktiven anzuerkennen habe — sogar abgesehen von dem erwähnten Ehevertrag — als begründet.

Dagegen ist das Begehren, dass das klägerische Miteigentumsrecht am Ehevermögen hinsichtlich der Liegenschaften im Grundbuch vorzumerken sei, zu verwerfen, weil sich dasselbe der Natur der Sache nach nicht nur gegen den Beklagten allein, sondern zugleich gegen alle Dritten richtet. Denn es ist klar, dass Dritte das klägerische Miteigentum an den in Betracht kommenden Liegenschaften nicht respektieren müssten; vielmehr würde bei einem Streite mit Dritten, z. B. bei einer Vindikation der ideellen Hälfte der Liegenschaften seitens der Klägerin in einem allfälligen Konkurs des Beklagten das zürcherische und nicht das Lindauer Recht entscheiden.

4. Dagegen ist das eventuelle Begehren der Klägerin, dass dem Beklagten verboten werde, über die in Betracht

kommenden Liegenschaften zu disponieren, und dass hievon im Grundprotokoll Vormerk genommen werde, gutzuheissen. Wenn man auch darüber streiten kann, ob nicht Dritte, denen gegenüber sich der Beklagte zur Einräumung dinglicher Rechte an den Liegenschaften verpflichten würde, unter allen Umständen die Fertigung der betreffenden Rechtsgeschäfte erzwingen könnten, so steht nichts entgegen, dass einmal dem Beklagten die Eingehung derartiger Verpflichtungen untersagt wird und dass im übrigen die Fertigungsbeamten die Anweisung erhalten, bei Rechtsgeschäften, welche die beklagtischen Liegenschaften betreffen, nur mitzuwirken, wenn entweder die Einwilligung der Klägerin oder eine gerichtliche Ermächtigung vorliegt. In dieser Form richtet sich das Verbot einzig und allein gegen den Beklagten, ohne dass eine Gefährdung der Interessen Dritter zu befürchten wäre.

5. Was endlich die weitere Frage betrifft, ob eine Publikation des Ehevertrages zu bewilligen sei, so erscheint letztere als gänzlich zwecklos. Um die Gütergemeinschaft gegenüber dem Beklagten zur Geltung zu bringen, ist sie nicht erforderlich, und Dritten gegenüber hätte sie ohne Ratifikation des Vertrages nicht die geringste Bedeutung.

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch. XIII. [1894] S. 129.)

---

139. *Marque de Fabrique contenant une raison de commerce fictive. Défaut de protection. Loi féd. du 26 septembre 1890 art. 14.*

Genève. Jugement de la Cour de justice civile du 24 février 1894 d. l. c. Bonnet c. Nydegger.

Bonnet, marchand de tabacs et cigares à Genève, a déposé et fait enregistrer à Berne, au bureau des marques de fabrique, le 2 novembre 1886 une marque qui porte sur un fond de couleur l'inscription „Manufacture de tabacs et cigarettes d'Orient, Poasselidos et Cie, dépôt général en gros, rue de la Bourse, Alexandrie d'Egypte.“ Ayant appris que Nydegger vendait des cigarettes revêtues d'une enveloppe absolument semblable à la sienne, il a requis et obtenu de la Cour de céans, en vertu de l'art. 21 de la loi féd. du 26 sept. 1890, l'autorisation de faire saisir dans le magasin de Nydegger les paquets de cigarettes qu'il prétendait contrefaits. La saisie a porté sur douze boîtes de cigarettes revêtues d'une enveloppe portant une marque exactement semblable à la susvisée. Bonnet a assigné Nydegger devant la Cour pour s'entendre condamner à lui payer 5000 fr. de dommages-

intérêts. Nydegger a répondu que le nom de Poasselidos et Cie n'appartient pas à Bonnet, que c'est une raison fictive qui ne peut être protégée par la loi, qu'il n'a donc pas contrefait la marque de Bonnet; qu'enfin, il tient ces cigarettes d'un sieur Rohrbach qui les a fabriquées pour Bonnet et que celui-ci ayant refusé d'en prendre livraison, Rohrbach en a disposé. La Cour a débouté Bonnet de sa demande.

Motifs: Il est certain que Nydegger a, soit contrefait ou usurpé la marque déposée et enregistrée par Bonnet, soit mis en vente des produits revêtus d'une marque qu'il savait contrefaite ou usurpée;

Il peut donc être poursuivi soit pénalement soit civilement par le propriétaire de la marque déposée, aux termes des art. 24 al. 1, 2 et 3, et 25 de la loi du 26 septembre 1890, si toutefois cette marque est protégée;

Il est certain que la marque revendiquée par Bonnet consiste, soit dans l'indication d'une fausse provenance de sa marchandise, puisqu'en effet la maison Poasselidos et Cie n'existe pas plus à Genève qu'à Alexandrie d'Egypte, et que Bonnet vend comme fabriquées en Egypte des cigarettes qu'il fait lui-même ou fait fabriquer à Genève. Or, si sous l'empire de la loi féd. du 19 septembre 1879 sur la protection des marques de fabrique et de commerce, une raison de commerce, même fictive, pouvait être déposée et protégée comme marque de fabrique, il n'en est plus de même sous l'empire de la loi du 26 septembre 1890 qui défend formellement à l'office (art. 14 al. 4) d'enregistrer les marques portant une indication de provenance évidemment fausse ou une raison de commerce fictive;

La marque déposée par Bonnet ne pourrait être enregistrée actuellement et elle a cessé de plein droit d'être protégée dès le 1er juillet 1891, date de l'entrée en vigueur de la loi du 26 septembre 1890 et de l'abrogation de la loi de 1879 (art. 38). (La Semaine judiciaire 1894 p. 329 ss.)

---

140. *Wechselmässige Haftung des gewesenen Anteilhabers einer aufgelösten Collektivgesellschaft für Wechselschulden der letzteren. Art. 564 O. R. Art 39 u. 40 B.-Ges. betr. Schuldb. u. Konk.*

**Zürich.** Beschluss der App.-Kammer des Obergerichts vom 17. März 1894 i. S. Zürcher Bankverein c. Denzler.

Die Collektivgesellschaft E. Stortz & Cie, bestehend aus E. Stortz und J. Denzler, löste sich im Oktober 1893 auf;

Stortz übernahm alle Aktiven und Passiven und die Firma wurde im Handelsregister als gelöscht publiziert. Am 29. Januar 1894 (also innerhalb der Frist von 6 Monaten nach dieser Publikation, Art. 40 Sch.- u. K.-Ges.) legte das Betreibungsamt dem Denzler einen auf wechselrechtliche Betreibung gerichteten Zahlungsbefehl für Fr. 13,500 an, laut einem dem Zürcher Bankverein zustehenden mit 11. Dezember 1893 verfallenen Wechsel der ehemaligen Firma Stortz & Cie.

Auf Denzlers Beschwerde hob das Bezirksgericht Winterthur als erstinstanzliche Aufsichtsbehörde diese Betreibung auf, weil Denzler, wenn er allerdings für die Schulden, auch die Wechselschulden der aufgelösten Gesellschaft immer noch solidarisch hafte, doch nur der ordentlichen, nicht der wechselrechtlichen Konkursbetreibung unterliege; denn diese letztere sei nur zulässig gegen Personen, welche einen Wechsel oder Chek unterzeichnet oder mitunterzeichnet haben oder deren Rechtsnachfolger (Art. 808 O. R.). Denzler aber habe den Wechsel nicht persönlich unterzeichnet und sei auch nicht Rechtsnachfolger von E. Stortz & Cie. — In Folge Beschwerde hob die zweitinstanzliche Aufsichtsbehörde (App.-Kammer) diesen Entscheid auf und erklärte die angehobene Wechselbetreibung als zulässig.

Motive: Es handelt sich in der Hauptsache darum, ob die aus Art. 564 O. R. sich ergebende Haftung des einzelnen Gesellschafters für Wechselverbindlichkeiten der Gesellschaft ebenfalls eine wechselmässige sei. Wird dies bejaht, so ist nicht einzusehen, weshalb die wechselrechtliche Betreibung gemäss Art. 40 Sch.- u. K.-Ges. nicht zulässig sein sollte, da ja unter „Konkursbetreibung" gemäss Art. 39 daselbst nicht bloss die ordentliche Konkursbetreibung, sondern auch die Wechselbetreibung inbegriffen wird.

Nun muss die gestellte Frage in der That bejaht und demnach der Rekurs als begründet erklärt werden. Die Bejahung ergiebt sich schon aus dem Wortlaut des Art. 564, wonach die Gesellschafter für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft solidarisch zu haften haben, also auch für rein wechselmässige, denen möglicherweise kein materielles Schuldverhältnis zu Grunde liegt, die aber gleichwohl gegenüber dem dritten Wechselnehmer erfüllt werden müssen. Für solche lediglich aus den Grundsätzen des Wechselrechtes (der sog. materiellen Wechselstrenge) sich ergebende Verpflichtungen kann aber auch die Haftung nur eine wechselmässige sein.

Der Einwand, dass der einzelne Gesellschafter ja nicht Wechselunterzeichner sei (Art. 808 O. R.), fällt dahin, wenn

man mit der gegenwärtig wohl herrschenden Anschauung davon ausgeht, dass die Kollektivgesellschaft wenigstens in materiellrechtlicher Beziehung kein selbständiges, von den einzelnen Gesellschaftern verschiedenes Rechtssubjekt, sondern lediglich das Organ ist, vermittelst dessen die Beteiligten als Gesellschafter sich im Verkehre bethätigen, dass also die unter der Firma der Gesellschaft eingegangenen Verpflichtungen materiell solche der Gesellschafter sind, deren Geltendmachung ihnen gegenüber allerdings an die Voraussetzung geknüpft ist, dass die Gesellschaft aufgelöst oder erfolglos betrieben worden sei. Die Verneinung der wechselmässigen Haftung der Gesellschafter für Wechselverbindlichkeiten der Gesellschaft würde auch in der That zu der für den Verkehr unerträglichen Konsequenz führen, dass mit der Auflösung der Gesellschaft und ihrer Löschung im Handelsregister zugleich deren sämtliche wechselmässige Verbindlichkeiten als solche untergiengen, der dritte Wechselnehmer also seine Ansprüche aus dem Wechsel gegen die Gesellschafter persönlich überhaupt nicht geltend machen könnte, soweit er die unterliegende Forderung nicht durch Cession erworben hat.

Selbstverständlich vermag endlich der Umstand, dass der eine der Gesellschafter Aktiven und Passiven der Gesellschaft übernommen hat, die Belangbarkeit des andern Gesellschafters Dritten gegenüber nicht auszuschliessen.

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch. XIII [1894] S. 194 ff.)

---

141. *Provisorische Rechtsöffnung bei Schuldanerkennungen; ob auch bei bedingten? Art. 82 B.-Ges. über Schuldb. u. Konk.*[1])

**Luzern.** Entscheid der Justizkommission vom 7. Juni 1893.

Baptist K. als Cessionar des Leonz M. betrieb den Franz St. für eine Forderung von Fr. 200 gegründet auf eine „Bescheinigung“ folgenden Inhalts: „Bescheine, wenn Schuhmacher M. mir ein Mann bringt, dem ich die Liegenschaft Honeriweid ferkaufen werde, so werde ich dem M. zweihundert Franken ferabfolgen.“ Unterzeichnet: Franz St.

Der Betriebene erhob Rechtsvorschlag und der Gläubiger verlangte provisorische Rechtsöffnung, wurde aber erst- und zweitinstanzlich mit seinem Begehren abgewiesen. Die Justizkommission motivierte:

---

[1]) Vgl. folgende Nummer und Revue X No. 118. XI No. 24.

Die „Bescheinigung“ muss entgegen der Annahme der Unterinstanz an und für sich als Basis für die Bewilligung der provisorischen Rechtsöffnung anerkannt werden.

Es wird zwar im Archiv f. Schuldb. u. Konk. I Nr. 21 unter dem Titel „Rechtserörterungen“ ausgeführt, unter einer Schuldanerkennung im Sinne des Betreibungsgesetzes sei die schriftliche bedingungslose und vorbehaltlose Erklärung einer Person zu verstehen, einer andern bestimmt bezeichneten Person eine in Geldeswert ausgedrückte Leistung entrichten zu müssen.

Diese Auffassung erweist sich jedoch als nicht zutreffend. Nach allgemeiner Rechtsregel ist der Charakter der Schuldanerkennung juristisch von dem Vorhandensein einer Bedingung unabhängig. Es hat vielmehr auch die unter einer Bedingung abgegebene Erklärung als wirkliche Schuldanerkennung zu gelten und es kann daher gestützt auf dieselbe die provisorische Rechtsöffnung nach Art. 82 B.-Ges. verlangt werden, sofern nur, wie hierorts schon wiederholt entschieden worden, liquid erstellt ist, dass die fragliche Bedingung in Erfüllung gegangen ist. Es ist nun im vorliegenden Falle dem Rekurrenten nicht gelungen, nachzuweisen, dass die im Akte enthaltene Bedingung der Vermittlung des Liegenschaftsverkaufes seitens des Cedenten M. erfüllt worden sei. Bei dieser Sachlage kann dem Gesuche um Bewilligung provisorischer Rechtsöffnung nicht entsprochen werden.

(Verhandl. des Obergerichts v. J. 1893 S. 64 f.)

---

142. *Demande en main-levée d'opposition; l'acte de cautionnement n'a pas la qualité d'une reconnaissance dans le sens de l'art. 82 loi féd. P. et F.*[1]

**Genève.** Jugement du Tribunal de 1re instance du 3 juillet 1894 d. l. c. Perrelet c. Heidorn.

Heidorn a signé l'acte ainsi conçu:

„Je soussigné déclare me porter caution solidaire vis-à-vis de sieur Perrelet jusqu'à concurrence de la somme de 8000 fr., pour tous les risques que pourrait lui faire courir l'escompte qu'il fera du papier de sieur A. Hantsch fils“.

Perrelet a dirigé la poursuite contre Heidorn qui, de son côté, a formé opposition. Perrelet a demandé la mainlevée de cette opposition se fondant sur l'art. 82 loi féd. P. et F. Le Tribunal l'a débouté de sa conclusion.

---

[1]) S. die vorige Nummer und Note daselbst.

Motifs: Attendu que toute caution solidaire d'un débiteur suppose l'existence d'une dette de ce débiteur vis-à-vis de son créancier;

Que par cet acte, sieur Perrelet ne peut recourir contre la caution solidaire de Hantsch qu'à la condition de justifier qu'il est créancier de Hantsch d'une somme de 8000 fr.;

Attendu que Hantsch n'est point en cause; que le tribunal ne peut pas examiner la validité des titres que Perrelet produit contre Hantsch, débiteur principal, puisque la décision du tribunal sur ce chef de litige, ne serait point opposable à ce dernier, non cité, et non entendu dans les moyens de défense;

Attendu, enfin, que cet acte de cautionnement ne constitue point un engagement unilatéral d'Heidorn, puisqu'il impose à Perrelet une prestation, soit de justifier qu'il est créancier de Hantsch d'une somme égale, avant de pouvoir recourir contre la caution solidaire de celui-ci;

Que cet acte ne constitue dès lors point une reconnaissance de dette pure et simple, dans le sens étroit de l'art 82 Loi féd. P. et F. (voir Archives de la poursuite pour dettes de 1892, n° 21, p. 29 et de 1893, n° 116 p. 299);

Que la demande de main-levée provisoire de l'opposition d'Heidorn n'est, en l'état, point fondée par voie de procédure sommaire, sauf au sieur Perrelet à faire reconnaître son droit par voie de la procédure ordinaire, en conformité de l'art. 79 de la loi féd. P. et. F.

(La Semaine judiciaire 1894 p. 614 s.)

---

# I. Alphabetisches Sachregister.

---

# II. Gesetzesregister.

*I. Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege,* vom 22. März 1893.



*II. Bundesgesetz über das Verfahren bei dem Bundesgericht in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten,* vom 22. Nov. 1850.

XV. *Bundesgesetz betr. den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken,* vom 19. Dezember 1879.
Allgemein Nr. 139.

XVI. *Bundesgesetz betr den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken, der Herkunftsbezeichnungen von Waren und der gewerblichen Auszeichnungen,* vom 26. September 1890.
Allgemein Nr. 90, 91, 139. Art. 19, Nr. 124.
Art. 1—3, 14, Nr. 139, „ 21, 25, 38, Nr. 139.

XVII. *Bundesgesetz betr. das Urheberrecht an Werken der Litteratur und Kunst,* vom 23. April 1883.
Allgemein Nr. 51. Art. 7, Nr. 50.

XVIII. *Bundesgesetz betr. die Erfindungspatente,* vom 29. Juni 1888.
Art. 2—4, 10², Nr. 125.

XIX. *Konkordat über Bestimmung und Gewähr der Viehhauptmängel,* vom 5. August 1852.
Allgemein Nr. 103. Art. 1, 3, 10, 11, 17, Nr. 103.

XX. *Vertrag zwischen der Schweiz und Frankreich über den Gerichtsstand und die Vollziehung von Urteilen in Civilsachen,* vom 15. Juni 1869.
Art. 1, 3, Nr. 61.

---

# III. Register nach Kantonen geordnet.

---

**Zürich.**

Nr. 14 (Art. 122 O. R.). — Nr. 16 (Art. 346 O. R.). — Nr. 19 (Art. 537 O. R.). — Nr. 21 (Eisenbahnhaftpflichtgesetz Art. 2, 8). — Nr. 22 (dasselbe B. G. Art. 1, 3; B. G. betr. Ausdehnung der Haftpflicht Art. 1, 2: Fabrikhaftpflichtgesetz Art. 6). — Nr. 59 (B. G. betr. Bau der Eisenbahnen Art. 16; Eisenbahnhaftpflicht Art. 8). — Nr. 60 (B. G. über Schuldbetreibung und Konkurs Art. 17—19). — Nr. 63 (dasselbe B. G. Art. 94). — Nr. 64 (dasselbe B. G. Art. 287, 288 und Art. 511 O. R.). — Nr. 96 (Art. 202, 224, 294 O. R.; B. G. über Sch. u. K. Art. 282, 284). — Nr. 98 (Art. 343, 346 O. R.). — Nr. 99 (Art. 343, 344 O. R.). — Nr. 136 (Art. 50, 55, 867, 868, 876 O. R.). — Nr. 138 (B. G. betr. die civilrechtlichen Verhältnisse, speziell Art. 19, 32). — Nr. 140 (Art. 564, 808 O. R.; B. G. über Sch. und K. Art. 39, 40).

**Bern.**
Nr. 23 (B. G. über Sch. und K. Art. 82). — Nr. 55 (Art. 128 O. R.). — Nr. 95 (Art. 147³ O. R.). — Nr. 131 (Art. 50 ff., 65, 341 O. R.).

**Luzern.**
Nr. 12 (Art. 231 O.R.). — Nr. 54 (Art. 50 ff. O. R.). — Nr. 97 (Art. 246, 257 O. R.). — Nr. 133 (Art. 224 O. R.). — Nr. 137 (B. G. betr. die persönliche Handlungsfähigkeit Art. 1). — Nr. 141 (B. G. über Sch. und K. Art. 82).

**Glarus.**
Nr. 13 (Art. 50, 55 O. R.).

**Basel** (-Stadt).
Nr. 53 (Art. 50, 55 O. R.). — Nr. 105 (B. G. über Sch. und K. Art. 273, 283). — Nr. 132 (Art. 67, 257, 362 O. R.).

**Schaffhausen.**
Nr. 94 (Art. 17 O. R.).

**St. Gallen.**
Nr. 20 (Art. 867, 874—876 O. R.). — Nr. 56 (Art. 86, 336 O. R.). — Nr. 57 (Art. 496 O. R.). — Nr. 135 (Art. 117, 496, 503, 504, 507—511 O. R.).

**Aargau.**
Nr. 15 (Art. 268 O. R.).

**Thurgau.**
Nr. 103 (Konkordat über Viehhauptmängel § 1, 3, 10, 11, 17).

**Vaud.**
Nr. 24 (Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Art. 93). — Nr. 25 (la même loi, Art. 106, 107, 109). — Nr. 62 (la même loi, Art. 93, 110, 116, 121). — Nr. 102 (Loi fédérale sur les transports par chemin de fer, Art. 31, 33; Règlement de transport de 1876 § 119).

**Neuchâtel.**
Nr. 17 (Art. 106, 107, 495, 504, 507, 509 C. O.; Art. 217 L. P. et F.). — Nr. 58 (Loi fédérale sur la responsabilité civile de 1881, Art. 8, 12). - Nr. 104 (Art. 116, 122, 124, 144—150, 199 L. P. et F.).

**Genève.**
Nr. 18 (Art. 512, 514 C. O.). — Nr. 61 (Art 67, 86 L. P. et F.; Traité franco-suisse de 1869, Art. 1, 3). — Nr. 100

(Art. 122, 123, 125, 277 C. O.). -- Nr. 101 (Art. 280, 284 C. O.). — Nr. 134 (Art. 470 C. O.). – Nr. 139 (Loi fédérale sur la protection des marques de fabrique de 1890, Art. 14, 21, 24, 25, 38; loi féd. de 1879 sur la même matière). — Nr. 142 (Art 82 L. P. et F.).

---

## Berichtigung.

In Nr. 27 ist auf Zeile 6 zu lesen: Ordrepapiere o d e r Inhaberpapiere.

---

## Zur Nachricht.

Ein Gesamtregister für die bisherigen zwölf Bände der Revue wird in einigen Wochen folgen.

38

# Revue

der

# Gerichtspraxis im Gebiete

des

# Bundescivilrechts

XIII. Band

---

# Revue

de la

# Jurisprudence en matière

de

# droit civil fédéral

XIIIe Volume

---

**Basel**
R. Reich, vormals C. Detloff's Buchhandlung
1895.

# Revue

der

# Gerichtspraxis im Gebiete

des

# Bundescivilrechts

XIII. Band

---

# Revue

de la

# Jurisprudence en matière

de

# droit civil fédéral

XIIIe Volume

Beilage zur Zeitschrift für schweizerisches Recht, Neue Folge Band XIV

Basel
R. Reich, vormals C. Detloff's Buchhandlung
1895.

# A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

1. *1. Anwendung des Rechts in örtlicher Hinsicht.*[1] *2. Art. 56 B.-Ges. betreffend Organisation der Bundesrechtspflege. Voraussetzungen des Rechtsmittels der Berufung in Civilsachen.*

In konstanter Praxis hat das Bundesgericht hinsichtlich der örtlichen Rechtsanwendung den Grundsatz festgehalten, dass, in so weit es die der Regelung durch den Parteiwillen anheimgegebenen Wirkungen eines obligatorischen Rechtsgeschäftes anbelangt, dieselben nach demjenigen Landesrechte zu beurteilen sind, welches die Parteien beim Geschäftsabschlusse als hiefür massgebend entweder wirklich betrachteten, oder dessen Anwendung sie doch vernünftigerweise erwarten konnten oder mussten. Nun wohnten beide Parteien bei Begründung der beidseitigen Verbindlichkeiten in Mainz, dort wurden sowohl die Ansprüche des Klägers als diejenigen des Beklagten begründet, und dort sollten sie auch erfüllt werden. Mochten daher die Parteien das örtliche Recht des Wohnsitzes oder des Vertragsschlusses, oder endlich des Erfüllungsortes, als massgebend vorausgesetzt haben, so konnte dabei jedenfalls nicht das schweizerische Recht in Frage kommen, sondern naturgemäss nur das in Mainz geltende.

Hinsichtlich der Frage, ob die Berufung aus dem Grunde statthaft sei, weil die kantonalen Gerichte ihren Entscheid unter Anwendung eidgenössischer Gesetze getroffen haben, so kann nicht zweifelhaft sein, dass die kantonalen Gerichte von der Anschauung ausgiengen, das Streitverhältnis werde an sich vom ausländischen Rechte beherrscht, und dass dessen Anwendung nur aus dem Grunde unterblieben ist, weil die Parteien es unterlassen haben, den Inhalt desselben nachzuweisen; in diesem Falle war der Vorderrichter nach einer ausdrücklichen Bestimmung seines Prozessgesetzes nicht verpflichtet, das fremde Recht anzuwenden, sofern er nicht ohnehin sichere Kenntnis von dessen Inhalt besass; er durfte viel-

---

[1] Revue XII Nr. 70, 106. XI Nr. 5. X Nr. 2.

mehr alsdann einfach von der Annahme ausgehen, der Inhalt des fremden Rechtes sei von demjenigen des einheimischen nicht verschieden, und den Entscheid auf Grund der Bestimmungen dieses letztern fällen. Wenn nun der Vorderrichter in dieser Weise vorgieng, so hat er die von ihm angerufenen Bestimmungen des eidgenössischen Obligationenrechtes nicht als eidgenössisches Recht, sondern vielmehr, auf Grund der zitierten Vorschrift der zürcherischen Civilprozessordnung, als vorausgesetzten Inhalt des massgebenden ausländischen Rechtes zur Anwendung gebracht. Wie das Bundesgericht mehrfach ausgesprochen hat, kann die Kompetenz des Bundesgerichtes nicht darauf gegründet werden, dass die Vorinstanzen Vorschriften des eidgenössischen Rechts bei dem kantonalen Recht unterworfenen Rechtsverhältnissen angewendet haben, für welche kraft der kantonalen Gesetzgebung eidgenössische Gesetzesbestimmungen gelten sollen, indem die Normen des eidgenössischen Rechtes in ihrer Anwendung auf dem kantonalen Recht unterstehende Rechtsverhältnisse nicht kraft bundesgesetzlicher, sondern kraft kantonalgesetzlicher Anordnung, nicht als Rechtssätze des eidgenössischen, sondern des kantonalen Rechtes gelten (s. Amtl. Sammlg. der b.-ger. Entsch. Bd. 16, S. 168 Erw. 2, 805 Erw. 2). Ebenso müssen im vorliegenden Falle die von der Vorinstanz angewendeten Normen des eidgenössischen Obligationenrechts nicht als Rechtssätze des eidgenössischen, sondern des massgebenden ausländischen Rechtes aufgefasst werden; es kann daher mit Grund nicht gesagt werden, dass die Entscheidung der Vorinstanz auf der Anwendung eidgenössischen Rechtes beruhe und ist somit keine der in Art. 56 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege enthaltenen Voraussetzungen der bundesgerichtlichen Kompetenz gegeben. (Entsch. v. 28. Sept. 1894 i. S. Koch c. Krausse.)

---

2. *Art. 56 u. 58 B.-Ges. betr. Organisation der Bundesrechtspflege. Unzulässigkeit der Berufung gegen Entscheide betr. provisorische Rechtsöffnung.* [1])

Gegen Urteile kantonaler Gerichte, durch welche über ein Begehren um provisorische Rechtsöffnung entschieden worden, ist die Berufung an das Bundesgericht nicht zulässig, da solche Entscheide keine Hauptturteile im Sinne des Art. 58

[1]) Revue XII Nr. 1, 89.

Organisationsgesetzes sind. (Entsch. v. 23. Nov. 1894 i. S. Viollet & Callet c. Ducret.)

---

3. *Art. 58 B.-Ges. betr. Organisation der Bundesrechtspflege. Unzulässigkeit der Berufung gegen Teilurteile.*

Gegen Teilurteile, durch welche nur ein Teil des Rechtsstreites erledigt wird, ist die Berufung an das Bundesgericht unzulässig. Die Wirkung solcher Teilurteile, durch welche der abgeurteilte Streitteil von dem übrigen Rechtsstreit endgültig abgesondert wird, erstreckt sich nur auf die kantonalen Instanzen. Die Berufung ist lediglich gegen dasjenige Urteil zulässig, durch welches der ganze Rechtsstreit, resp. der letzte Teil des Rechtsstreites erledigt wird, und erstreckt sich dann auf sämtliche Teilurteile. (Entsch. v. 21. Sept. 1894 i. S. Villars c. L'Hoste und vom 6. Oktober 1894 i. S. Krentel-Billon c. Henrioud & Cie.)

---

4. *Art. 59 B.-Ges. betr. Organisation der Bundesrechtspflege. Streitwert bei Anfechtungsklagen.*

Bei Anfechtungsklagen nach Art. 285 ff. B.-Ges. betr. Schuldbetreibung und Konkurs ist der Streitwert gleich dem Betrage, welcher bei Gutheissung der Klage zur Befriedigung der klägerischen Forderungen erhältlich gemacht werden könnte. Wird daher mittelst solcher Klage die Aufhebung des Kaufes über eine Liegenschaft verlangt, welche circa 5200 Fr. wert und mit einer Hypothek von 4000 Fr. belastet ist, so beträgt der Streitwert nur 1200 Fr. und ist die Berufung gegen das kantonalgerichtliche Urteil unzulässig. (Entsch. vom 12. September 1894 i. S. Oswald'sche Kreditoren c. Bähler.)

---

5. *Art. 83 B.-Ges. betr. Organisation der Bundesrechtspflege; Art. 193 u. 196 B.-Ges. betr. Schuldbetreibung und Konkurs. 1. Konkurseröffnung über ausgeschlagene Erbschaft. 2. Kompetenz des Bundesgerichts als Berufungsinstanz in Civilsachen bezüglich der Anwendung des kantonalen Rechts.*

1. Art. 196 B.-Ges. betr. Schuldbetreibung und Konkurs handelt von der Einstellung oder Wiederaufhebung einer nach Art. 193 eröffneten Erbschaftsliquidation, befasst sich dagegen überall nicht mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen diese Liquidation zu eröffnen sei. Diese letztere Frage wird

vielmehr ausschliesslich durch Art. 193 entschieden und danach steht fest, dass die Eröffnung der konkursrechtlichen Liquidation über eine Erbschaft die Ausschlagung dieser letzteren voraussetzt und daher gesetzlich unstatthaft ist, wenn diese Voraussetzung nicht zutrifft. Die Frage aber, ob eine Erbschaft als ausgeschlagen zu betrachten sei, ist ausschliesslich aus dem kantonalen Erbrechte zu lösen. Bestimmt daher das kantonale Recht, dass eine vom Testamentserben nicht übernommene Erbschaft als ausgeschlagen zu betrachten sei, so lange dieselbe nicht von den in zweiter Linie berufenen Intestaterben angetreten worden ist, so ist die Eröffnung des Konkurses über die Erbschaft so lange zulässig, als die Intestaterben nicht die Uebernahme der Erbschaft erklärt haben. Geben dieselben diese Erklärung erst nach der Eröffnung der Liquidation ab, so kommt Art. 196 ibid. zur Anwendung.

2. Dem Bundesgerichte steht als Berufungsinstanz in Civilsachen bezüglich der von dem kantonalen Gerichte unter Anwendung kantonalen Rechts getroffenen Entscheidungen nur die Prüfung zu, ob das kantonale Recht anwendbar, nicht aber auch, ob dasselbe, dessen Anwendbarkeit vorausgesetzt, richtig angewendet worden sei. Art. 83 des Organisationsgesetzes gestattet dem Bundesgerichte nur in dem Falle, das kantonale Recht selbst anzuwenden, wenn dasselbe neben eidgenössischem Recht zur Anwendung kommt und das kantonale Gericht dasselbe in der Meinung, es sei nicht anwendbar, nicht beachtet, sondern statt desselben eidgenössisches Recht zur Anwendung gebracht hat. (Entsch. vom 6. Okt. 1894 i. S. Battistella c. Lampugnoni.)

---

6. *Art. 50 und 876 O. R. Klage auf Unterlassung des unbefugten Gebrauchs, der Nachahmung, eines Gasthofschildes.*[1])

T. Inhaber des Gasthofes „Stern und Post“ in Amsteg klagte gegen J., Inhaber des Gasthofes „Kreuz“ daselbst, welcher in neuerer Zeit seinen Gasthofschild in „Kreuz und Post“ umgewandelt und denselben im Handelsregister eingetragen hatte, auf Beseitigung der Bezeichnung „und Post“ in seinem Gasthausschild. Die Klage wurde gutgeheissen. Der Begründung des b.-g. Urteils entnehmen wir Folgendes: Die Bezeichnungen „Kreuz und Post“ und „Stern und Post“ enthalten nicht den Namen des Geschäftsinhabers, unter welchem derselbe das Geschäft führt, sondern denjenigen des

---

[1]) Revue X Nr. 4, 30.

Etablissements. Sie sind also nicht die Firmen der Geschäftsinhaber, sondern Gasthofschilder. Wenn daher der Beklagte seinen Gasthof gleich dem Kläger mit dem Zusatz „und Post" versehen hat, so kann darin nicht ein unbefugter Gebrauch der klägerischen Firma erblickt werden, der den Kläger auf Grund von Art. 876 O. R. zur Klage auf Unterlassung der weitern Führung dieses Namens und auf Schadenersatz berechtigen würde. Dagegen gewährt das schweizerische Recht auch der Führung von Gasthofschildern seinen Schutz insofern, als in der Nachahmung eines solchen Schildes eine nach den Grundsätzen des Art. 50 u. f. O. R. unzulässige Konkurrenzausübung liegt, und zwar ist ein Gasthofbesitzer berechtigt, in diesen Fällen nicht nur Ersatz des aus der illoyalen Konkurrenz entstandenen Schadens, sondern auch die Beseitigung des dem seinigen täuschend ähnlichen Schildes zu verlangen (s. b.-g. Entscheide Bd. 17 S. 517). Kläger kann also den Rechtsschutz dagegen anrufen, dass ein Dritter seinen Gasthofschild „Stern und Post" in einer Weise nachmache, dass daraus beim reisenden Publikum Verwechslungen und Irrtümer zu seinem Nachteil entstehen. Dieser Rechtsschutz steht ihm zu, weil er diesen Schild an dem Orte zuerst besessen hat; schon hieraus allein folgt seine Berechtigung, gegen Nachahmungen desselben durch Dritte Einsprache zu erheben, soweit durch diese Nachahmungen die Gefahr einer Irreführung des Publikums und damit einer Schädigung seiner Interessen entsteht. Hier kommt nun aber noch dazu, dass das Postbureau sich thatsächlich seit Jahrzehnten in dem Gasthause des Klägers befunden hat, und daher eine ganz besondere Veranlassung bestand, diesem letztern den Zunamen „Post" zu geben.

Fragt sich nun, ob in der Bezeichnung des beklagtischen Gasthofes als „Kreuz und Post" eine unerlaubte Konkurrenz liege, weil das klägerische Hotel seit langer Zeit in dieser Ortschaft allein den Zusatz „und Post" getragen hat, so muss dies nach den Akten bejaht werden. Allerdings besteht zwischen den beiden Benennungen der Unterschied, dass das klägerische Hotel neben der Bezeichnung Post die Bezeichnung Stern, das beklagtische dagegen die Bezeichnung Kreuz trägt, und soweit es sich um Geschäftsfirmen handeln würde, müsste hierin allerdings ein in genügendem Masse wahrnehmbarer Unterschied erblickt werden. Allein es kommt in Betracht, dass diese Gasthofbenennungen wesentlich den Zweck haben, sich den Reisenden einzuprägen, und dass hier Verwechslungen von solchen überall gebräuchlichen Benennungen,

wie Stern und Kreuz leicht vorkommen können. Der Reisende wird sich weniger daran erinnern können, ob das Gasthaus, in welchem er logiert hat, Kreuz oder Stern heisse, dagegen wird sich ihm die Bezeichnung Post einprägen, weil mit derselben eine bestimmte Nebenvorstellung, diejenige der Postanstalten verbunden ist. Die Bezeichnung „Post“ bildet daher gerade das besondere, hauptsächliche Merkmal an dem Gasthofschild des Klägers, und es ergiebt sich denn auch aus den Akten, dass diese, und nicht die Benennung Stern dem in seinem Gasthof regelmässig verkehrenden Publikum geläufig ist. (Entsch. vom 6. Oktober 1894 i. S. Tresch c. Indergand.)

---

7. *Art. 50 und 55 O. R. Schadenersatzklage wegen durch Bundesbeamte veranlasster Verhaftungen. Gegen wen ist dieselbe zu richten?*

Entschädigungsforderungen wegen angeblich ungesetzlicher Verhaftungen, die durch kantonale Behörden im Auftrage des Bundesrates angeordnet worden sind, können nicht gegen den Kanton, in welchem die Verhaftung erfolgt ist, geltend gemacht werden. (Entsch. vom 5. Juli 1894 i. S. Zimmermann c. Waadt.)

---

8. *Art. 50 und 55, 64 O. R. Verantwortlichkeit der Geistlichen wegen Verweigerung des Abendmahls und ehrverletzender Aeusserungen in der Predigt.*

1. Schadenersatzansprüche gegen Geistliche der Landeskirche wegen unerlaubter Handlungen, welche dieselben bei Ausübung ihres Berufes verübt haben, sind nach Art. 50 ff. O. R. zu beurteilen, sofern die kantonalen Gesetzgebungen keine abweichenden Bestimmungen aufstellen, Art. 64 O. R.

2. Die Civilgerichte sind zur Entscheidung der Frage, ob ein Geistlicher mit Recht oder Unrecht einem Glaubensgenossen die Spendung des Abendmahls verweigert habe, nicht kompetent. Eine Schadenersatzklage kann daher nicht auf eine solche Weigerung des Geistlichen gestützt werden, sondern hat zur Voraussetzung, dass die Weigerung in beleidigender Art und Weise erfolgt sei, z. B. mit verächtlichen Worten oder Geberden.

3. Der Geistliche ist für Ehrverletzungen, die er in der Predigt in der Kirche begeht, wie jeder andere Bürger verantwortlich. (Entsch. v. 27. April 1894 i. S. Claraz c. Defforel.)

---

9. *Art. 53 O. R. Körperverletzung bei körperlichen Uebungen; inwiefern ist der Verletzte berechtigt, vom andern Teil Schadenersatz zu verlangen?*

Körperliche Uebungen, wie Ringen, Schwingen, welche in gegenseitigem Einverständnisse und ohne die Absicht zu verletzen, sondern lediglich, um die körperlichen Kräfte zu messen, vorgenommen werden, sind vollständig erlaubt. Der Umstand, dass dabei eine Körperverletzung verursacht wird, macht solche Uebungen nicht zu unerlaubten, und der Verletzte ist daher nicht berechtigt, vom andern Teil Schadenersatz zu verlangen. (Entsch. v. 17. November 1894 i. S. Vionnet c. Labbe.)

---

10. *Art. 62 O. R. Ist der Geschäftsherr allgemein für den Schaden verantwortlich, der aus dem Betriebe seiner Anlagen entsteht?*

Die Ansicht, dass der Geschäftsherr nach Art. 62 O. R. schlechthin für den Schaden hafte, der aus dem Betriebe seiner Anlage[1]) entstehe, gleichviel, ob dieser Betrieb von einem Angestellten in Ausübung geschäftlicher Verrichtungen oder zum blossen Vergnügen vorgenommen werde, ist mit dem klaren Wortlaut dieser Gesetzesbestimmung nicht vereinbar; dieselbe setzt ausdrücklich voraus, dass der Schaden, für den der Geschäftsherr haftbar ist, von seinen Angestellten oder Arbeitern in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen verursacht worden sei. Eine ausdehnende Interpretation dieser Ausnahme von der Regel, dass Jeder nur für sein eigenes Verschulden einzustehen hat, ist unzulässig. Der Geschäftsherr haftet daher nicht schlechthin für den Schaden, den seine Angestellten verursachen. Er haftet auch nach dem gemeinen Recht nicht etwa aus der blossen Thatsache des Betriebes seiner Anlagen, sondern nur für sein Verschulden, oder dasjenige seiner Angestellten oder Arbeiter, soweit es die Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen anbelangt. (Entsch. v. 19. Oktober 1894 i. S. Kaufmann c. Cement- und Gypsfabrik Solothurn.)

---

[1]) In casu hatte ein Angestellter der Beklagten die Drahtseilbahn der letztern ohne ihr Wissen zu Lustfahrten benutzt, zu welchen er dritte Personen einlud, und dabei war ein solcher Eingeladener verunglückt.

---

11. *Art. 24 und 547 O. R. 1. Anfechtung eines Gesellschaftsvertrages wegen Betrugs. Begriff des Betrugs.*[1] *2. Auflösung einer Gesellschaft aus „wichtigen Gründen", Voraussetzungen.*[2]

Pour pouvoir attaquer avec succès un contrat de société pour cause de dol, le demandeur devrait rapporter la preuve qu'il a été amené à conclure le dit contrat ensuite de manoeuvres dolosives de la part de ses co-contractants. La seule circonstance que le contrat de société contiendrait des clauses défavorables au demandeur, et stipulerait en revanche des avantages excessifs au profit des défendeurs, ne saurait évidemment autoriser le demandeur à conclure à l'annulation de cet acte. Dès le moment où sa détermination n'a pas été influencée par des manoeuvres destinées à le tromper, le contrat est valablement conclu; à supposer même que lors de cette conclusion le défendeur n'ait pas pourvu suffisamment à la défense de ses intérêts, c'est à sa faute seule qu'il devrait l'attribuer. En revanche le contrat serait attaquable d'une manière générale, et vis-à-vis de l'un et l'autre des défendeurs, alors même qu'il serait établi qu'un seul d'entr'eux se serait livré à des manœuvres dolosives. Cela résulte nécessairement de la nature du contrat de société, lequel doit constituer un rapport de droit uniforme entre tous les associés.

Les manoeuvres dolosives, destinées à tromper intentionnellement, peuvent consister aussi en des actes d'omission, c'est-à-dire non seulement dans l'affirmation de faits faux, mais encore dans la suppression ou la réticence de faits vrais. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce principe, et le Tribunal fédéral l'a admis à de nombreuses reprises, notamment dans l'arrêt du 22/23 novembre 1889 en la cause Jenny c. Blumer (Rec. off. XV, page 832).

Comme le Tribunal fédéral l'a déclaré dans son arrêt du 5 mars 1886 en la cause Dürr c. Billeter (Rec. off. XII, page 195 ss.), aucun associé n'est en droit d'invoquer, comme „juste motif" de dissolution de la société (Art. 547 O. R.), sa propre faute, ou le trouble apporté, par son fait, aux rapports entre associés, et, d'après les principes généraux du droit, l'exceptio doli pourrait être opposée à une demande de ce genre. La loi n'énumère point les causes de dissolution de la société, pas plus qu'elle ne définit ce qu'il

---

[1]) Revue XII Nr. 72. XI Nr. 105. VIII Nr. 15. [2]) Revue IX Nr. 6. VIII Nr. 57.

faut entendre par „justes motifs“, et elle abandonne entièrement à l'appréciation du juge de déterminer l'importance des dits motifs. Comme principe dirigeant à cet égard, il y a lieu, — comme le Tribunal de céans l'a admis dans plusieurs arrêts (voir p. ex. Rec. off. XVI, page 777 consid. 3) — de retenir qu'une dissolution de la société avant le terme fixé se justifie alors seulement que les conditions, soit au regard des choses, soit au regard des personnes entre lesquelles le contrat de société a été conclu n'existent plus, de sorte qu'il n'est plus possible, ou du moins très difficile d'atteindre le but de la société, de la manière prévue lors de la conclusion du contrat. Il convient de remarquer ici que le contrat de société est éminemment basé sur la confiance réciproque, et que, s'il se produit des circonstances de nature à ébranler cette confiance à l'égard d'un des associés dirigeants, le droit des autres associés de demander la dissolution de la société avant le terme fixé ne saurait être contesté. (Entsch. v. 6. Juli 1894 i. S. Wohlgrath c. Bovet.)

---

12. *Art. 110, 243 O. R. Schadenersatzpflicht des Verkäufers beim Distanzgeschäft mangels gehöriger Sorgfalt bei der Versendung.*

1. Schadenersatzklagen wegen anderer Vertragswidrigkeiten als Sachmängel im Sinne von Art. 243 O. R. können beim Kauf nur auf Art. 110 ibid. gestützt werden.

2. Auch wenn die Erfüllungszeit eingetreten ist, darf der Verkäufer beim Distanzgeschäft die Ware nicht an den Verkäufer versenden, wenn die Versendung in diesem Zeitpunkt (Versendung vou Wein bei grosser Kälte) eine Schädigung des Kaufgegenstandes voraussehen lässt; ansonst der Verkäufer für den dadurch verursachten Schaden haftet. (Entsch. v. 21. September 1894 i. S. Villars c. L'Hoste.)

---

13. *Art. 128 O. R. Versicherung eines Angestellten durch den Dienstherrn gegen Unfälle. 1. Klagrecht des Versicherungsnehmers auf Auszahlung der Entschädigung an den Versicherten. 2. Unfall nach Austritt des Versicherten aus dem Dienste des Versicherungsnehmers. 3. Verwirkung des Versicherungsanspruchs durch Handlungen des Versicherten. 4. Zinsbeschränkungen im Versicherungsvertrag, Gültigkeit.*

Die aus den Bauunternehmern der Brienz-Rothhorn-Bahn, nämlich L. und B. bestehende Kollektivgesellschaft belangte

die beklagte Unfallversicherungsgesellschaft auf Bezahlung der für den Todesfall des Ingenieurs H. vereinbarten Versicherungssumme von 10,000 Fr. an die Erben des genannten H. Diese Klage wurde auf eine von der Beklagten den Klägern ausgestellte Police mit der Ueberschrift: „Einzelversicherung abgeschlossen auf die Dauer von zwei Jahren für die Bauunternehmung der Rothhornbahn in Brienz — beginnt am 7. August 1890" — gestützt, wodurch Ingenieur H. auf die Dauer von zwei Jahren gegen körperliche Unfälle versichert wurde. Als besondere Vertragsbestimmung ist in die Police aufgenommen, dass die Versicherung an den Nachfolger übertragbar sei, wenn der Versicherte aus der dienstlichen Stellung ausscheide. In dem Antragsformular war zur Frage: Wer soll im Todesfall durch Unfall die Versicherungssumme erheben? bemerkt: „Meine Erben." Die Prämien wurden von der Klägerschaft bezahlt. Nachdem H. Ende 1891 aus dem Anstellungsverhältnis bei L. und B. ausgetreten war, fand er bei einem Spaziergang durch Abstürzen den Tod. Die von L. und B. gegen die Versicherungsgesellschaft angestellte Klage wurde gutgeheissen; der Begründung des Urteils entnehmen wir Folgendes:

1. Die Aktivlegitimation der Kläger ist von der Beklagten mit Unrecht bestritten worden. Der Versicherte H. hat allerdings neben L. und B. den Versicherungsantrag unterzeichnet, aber ausdrücklich mit der Bezeichnung als Versicherter, während L. und B. als Versicherungsnehmer unterzeichnet haben. Nicht H., sondern einzig L. und B. haben den Versicherungsvertrag mit der Beklagten abgeschlossen, und zwar in eigenem Namen. Der Hauptzweck war augenscheinlich, L. und B. gegen die Folgen ihrer Haftpflicht für Unfälle, die ihren Angestellten H. treffen könnten, sicher zu stellen. Wenn nun im Versicherungsantrage die Erben des H. als Bezugsberechtigte bezeichnet sind, so wird dadurch die Aktivlegitimation der Kläger zu der vorliegenden Klage nicht berührt; denn diese letztere geht nicht etwa auf Bezahlung der Versicherungssumme an die Kläger selbst, sondern an die im Vertrage genannten Bezugsberechtigten, und die Kläger sind, da sie mit dem vorliegenden Versicherungsvertrag einen Vertrag zu Gunsten Dritter abgeschlossen haben, nach Art. 128 Abs. 1 O. R. offenbar befugt, in eigenem Namen vom Schuldner die Leistung an diese Dritten zu verlangen.

2. Allerdings ist aus der Bestimmung, dass die Versicherung bei allfälligem Ausscheiden des H. aus seiner dienst-

lichen Stellung auf seinen Nachfolger übertragbar sei, zu schliessen, dass die Kläger beim Vertragsschluss von der stillschweigenden Voraussetzung ausgiengen, die Versicherung solle für H. nur so lange gelten, als er ihr Angestellter bleibe und nicht ein anderer in seine dienstliche Stellung eintrete, und dass sie von vornherein die Absicht hatten, ihm einen allfälligen Nachfolger ohne Weiteres in der Versicherung zu substituieren. Nun ist aber dieser Fall nicht eingetreten; H. hat im klägerischen Geschäfte keinen Nachfolger erhalten, und es liegt nichts dafür vor, dass die Parteien auch für diese Eventualität davon ausgegangen seien, dass H. mit dem Austritt nicht mehr versichert sein solle.

3. Nach allgemeinen Rechtssätzen muss gesagt werden, dass der Versicherte jedenfalls nur durch eine ganz grobe Fahrlässigkeit seinen Versicherungsanspruch verwirkt; denn gerade die Unfallversicherung bezweckt vor Allem auch die Sicherung des Versicherten gegen die Folgen seiner eigenen Fahrlässigkeit, und es kann daher der Versicherer die Einrede des eigenen Verschuldens nur da stellen, wo die Fahrlässigkeit an dolus streift, oder wo geradezu dolus vorliegt (vgl. Ehrenberg, Versicherungsrecht, Bd. I, S. 421).

4. Die Bestimmung des Versicherungsvertrages, wonach die Zahlung der festgestellten Entschädigung erst innert 14 Tagen zu erfolgen hat, nachdem die Zahlungsverpflichtung der Gesellschaft entweder anerkannt oder durch rechtskräftiges Urteil festgestellt ist, verstösst nicht gegen die guten Sitten und ist daher vom Richter zu beachten. Die Verpflichtung des im Verzug befindlichen Schuldners zur Zahlung von Zinsen beruht nicht auf zwingender Rechtsvorschrift; sie kann daher von den Parteien beliebig abgeändert werden. Der guten Sitte zuwider ist eine solche Vereinbarung nur insofern, als dadurch die Zurückhaltung offenbar gegebener Zahlungspflicht, also eine Chikane bezweckt wird; wenn die Versicherungsgesellschaft in offenbar grundloser Weise die Zahlung hintangehalten hat, kann sie sich allerdings auf diese Klausel nicht berufen, ohne gegen die gute Treue zu verstossen (s. Ehrenberg, Versicherungsrecht Bd. I, S. 492). (Entsch. v. 12. Oktober 1894 i. S. Linder und Bertschinger c. Unfallversicherungsgesellschaft Winterthur.)

---

14. *Art. 142 und 498 O. R. Rückbürgschaft. Ausstellung eines neuen Bürgschaftsscheines wegen Wegfalls von Mitbürgen und Ersetzung derselben durch andere. Ist dieser Umstand von*

*Einfluss auf die Fortexistenz einer vorher eingegangenen Rückbürgschaft?*

B. und H. hatten zu Gunsten eines X. mit mehreren Personen für einen dem X. bei der Eidg. Bank gewährten Kredit Bürgschaft geleistet und B. sich zugleich dem St. gegenüber als Rückbürge verpflichtet. In der Folge wurde wegen Wegfalls dreier Bürgen und deren Ersetzung durch zwei neue ein neuer Bürgschein ausgestellt und später geriet X. in Konkurs. H. zahlte sein Betreffnis als Bürge und belangte nun den B. aus der Rückbürgschaft, wogegen der letztere behauptete, die Rückbürgschaft sei durch Neuerung erloschen. Diese Einrede wurde abgewiesen und die Klage gutgeheissen. Der Begründung des b.-g. Entscheides entnehmen wir Folgendes:

Aus der blossen Thatsache, dass der für einen Krediteröffnungsvertrag ausgestellte Bürgschein später durch einen neuen ersetzt worden ist, weil an die Stelle von drei weggefallenen Bürgen zwei andere traten, kann der Neuerungswille nicht ohne Weiteres geschlossen werden. In dem Verhältnis des Hauptschuldners zum Gläubiger wird dadurch keine Aenderung bewirkt und auch nicht eine neue Schuld verbürgt. Jeder Bürge hatte sich solidarisch für das Ganze verbürgt, und die Thatsache, dass sämtliche Bürgschaftsverpflichtungen auf das gleiche Ziel gerichtet waren, konnte an dem Charakter jeder einzelnen, als selbständiger Obligation nichts ändern; es konnte daher auch der Wegfall einzelner Mitbürgen keinen Einfluss auf ihren Fortbestand haben. Der Wechsel in der Person von Mitbürgen ist allerdings für die übrigen Bürgen und die Rückbürgen insofern nicht bedeutungslos, als dadurch ihre Verpflichtung erschwert werden kann, wenn solvente Mitbürgen ausscheiden und kein genügender Ersatz eintritt. Allein dieser Nachteil hebt die Verpflichtung der Mitbürgen nicht auf; es steht denselben gegenüber dem Gläubiger lediglich die Einrede zu, dass er durch Entlassung von bei Eingehung der Bürgschaft vorhandenen Sicherheiten ihre Regressrechte geschmälert habe (Art. 508 O. R.). Dieselbe Einrede hat auch der Rückbürge gegenüber dem Hauptbürgen, welcher eine solche Sicherheit in schuldhafter Weise hat dahinfallen lassen. (Entsch. v. 11. September 1894 i. S. Baumeler c. Hofstetter.)

15. *Art. 154 ff., 157 Abs. 1, 331, 88 und 117 O. R. 1. Wirkung der gerichtlichen Feststellung eines Anspruchs, speziell des Anspruchs des Borgers aus einem Darlehensversprechen auf die Verjährung; 2 Beginn der Verjährung dieses Anspruchs; 3. Begriff des bestimmten Verfalltags im Sinne des Art. 117 Abs. 2 O. R.*

1. Ein Urteil, durch welches eine eingeklagte Forderung gutgeheissen wird, begründet nicht ein neues Rechtsverhältnis zwischen den Parteien, sondern enthält lediglich die richterliche Feststellung eines bestehenden Anspruchs.

Diese richterliche Feststellung begründet keine andere Verjährungsfrist, sondern unterbricht lediglich gemäss Art. 157 Abs. 1 die Verjährung in der Weise, dass von derselben an die Verjährungsfrist, welcher die betreffende Forderung von Anfang an unterlegen hat, von Neuem beginnt

2. Dies gilt auch für die sechsmonatliche Verjährungsfrist aus dem Borgvertrage nach Art. 331 O. R.

3. Die Verjährung des Anspruchs des Borgers auf Auszahlung des Darlehens beginnt mit dem Verzuge des Darlehensversprechers; diejenige des Anspruchs des letztern mit dem Annahmeverzug des Borgers.

4. Soll nach der Vereinbarung der Parteien die Erfüllung einer Verbindlichkeit im Laufe eines bestimmten Monats erfolgen, so gerät der Schuldner mit Ablauf des letzten Tages dieses Monats in Verzug, ohne dass eine Mahnung erforderlich ist, Art. 88 und 117 O. R. (Entsch. v. 23. November 1894 i. S. Erzinger c. Erzinger.)

---

16. *Art. 214, 215, 224 und 730 O. R. 1. Erfordernisse der Verpfändung indossabler Papiere; 2. zum Begriffe des Blankoindossaments; 3. steht bei Ungültigkeit der Pfandbestellung dem Gläubiger ein Retentionsrecht an den zu Pfand übergebenen Wertpapieren für die durch dieselben zu sichernden Forderungen zu?*

1. Indossable Papiere (Wechsel, Namenaktien u. s. w.) können nur durch Uebergabe des indossierten Papiers verpfändet werden, wobei ein Blankoindossament, das nicht vom Verpfänder selbst herrührt, genügt. Eine Verpfändung solcher Papiere nach Massgabe des Art. 215 O. R. ist nicht zulässig.

2. Der Vermerk auf der Rückseite eines indossablen Papiers „bon pour cession“ ist kein Blankoindossament.

3. Ist eine Verpfändung indossabler Papiere wegen Nicht-

beachtung der gesetzlichen Form (Art. 214) nicht zu Stande gekommen, so steht, jedenfalls im nicht kaufmännischen Verkehr, dem Gläubiger auch kein Retentionsrecht an den betreffenden Papieren für seine Vorschüsse, welche durch die Pfandbestellung hätten gesichert werden sollen; zu, indem es sich hier nur um einen gewollten Zusammenhang zwischen der Forderung und dem Gegenstand der Retention handelt, während das Gesetz einen natürlichen Zusammenhang verlangt. (Entsch. v. 12. Oktober 1894 i. S. Schweiz. Volksbank c. Crédit Gruyérien.)

---

17. *Art. 267, 268, 248 Abs. 2, 124 O. R. 1. Pflicht des Käufers zur Abnahme der Ware, Voraussetzungen. 2. Begriff des Kaufs nach Muster. 3. Pflicht des die Ware beanstandenden Käufers zur Konstatierung des Thatbestandes beim Distanzgeschäft; Folgen der Unterlassung. 4. Enthält die Behauptung, es sei Kohle aus einer andern als der im Kaufvertrag bezeichneten Zeche geliefert worden, die Rüge eines Qualitätsmangels, oder die Behauptung, es sei ein „aliud" geliefert worden? 5. Beweislast bei der allg. kontraktlichen Schadenersatzklage beim Kauf.*[1] *6. Zahlungs- und Annahmeverzug des Käufers, Folgen.*[2]

1. Der Käufer ist zur Annahme der ihm angebotenen Ware nur verpflichtet, wenn die Ware gesetz- und vertragsgemäss empfangbar ist und rechtzeitig angeboten wird, d. h. vom Käufer nicht wegen Verspätung des Angebots, weil er wegen Lieferungsverzugs des Verkäufers zum Rücktritte vom Vertrage berechtigt ist, zurückgewiesen werden darf.

2. Aus Art. 267 und 268 ergiebt sich, dass als Kauf nach Muster nur ein Kauf betrachtet wird, bei welchem ein Muster der einen oder andern Vertragspartei anvertraut ist, wo also die Beschaffenheit der Ware durch den Vergleich mit einem solchen Muster festgestellt werden kann und soll.

Ist eine bestimmte Eigenschaft der gekauften Ware zugesichert, so ist, obschon kein Kauf nach Muster vorliegt, Ware, die dieser Eigenschaft ermangelt, nicht lieferbar.

3. Prinzipiell kann kein Zweifel darüber obwalten, dass wenn der Käufer die Ware nicht empfängt, sondern als nicht empfangbar zurückweist, der Verkäufer die Empfangbarkeit der Ware zu beweisen hat. Allein nun statuiert Art. 248 Abs. 2 O. R. für den Distanzkauf eine Ausnahme. Er legt beim Distanzkauf dem Käufer, der die Ware zur Disposition stellen

---

[1]) Revue IX Nr. 101. [2]) Revue XII Nr. 31.

will, die Verpflichtung auf, nicht nur für die einstweilige Aufbewahrung der Ware zu sorgen, sondern auch den Thatbestand ohne Verzug gehörig feststellen zu lassen, widrigenfalls ihm der Beweis obliegt, dass die behaupteten Mängel schon zur Zeit der Empfangnahme vorhanden gewesen seien. Verletzt der Käufer diese Pflicht, so trifft ihn also nach dem Gesetze das Präjudiz, dass nunmehr nicht mehr der Verkäufer die Empfangbarkeit, sondern vielmehr er, der Käufer, die vertragswidrige Beschaffenheit der Ware zu beweisen hat.

4. Die Rüge, es sei nicht Kohle der im Kaufvertrag bestimmten Zeche geliefert worden, betrifft einen Qualitätsmangel und enthält nicht die Behauptung, es sei ein aliud, eine andere als die vertraglich versprochene Sache geliefert worden. Die Parteien sind durchaus davon ausgegangen, die Herkunft der Kohlen aus der Zeche H. sei ein Element der vertraglich vorgesehenen Sachqualität, und es entspricht dies wohl auch überhaupt der Auffassung des Verkehrs.

5. Es ist feststehenden Rechtes, dass den Käufer, welcher die allgemeine kontraktliche Schadenersatzklage stellt und welcher eine Ware in Empfang genommen und darüber disponiert, sie konsumiert und gar noch zum grösseren Teile bezahlt hat, die Beweislast für die Mangelhaftigkeit der Ware trifft, wenn er nachträglich eine selbständige Schadenersatzforderung geltend machen will. Nach wiederholten Entscheidungen des Bundesgerichtes hätte er überdem noch das Verschulden des Verkäufers zu beweisen.

6. Hat der Käufer die ihm anerbotene Erfüllung anzunehmen verweigert, so ist der Verkäufer berechtigt, auch seinerseits vom Vertrage zurückzutreten und im Falle des Verschuldens des Verkäufers Schadenersatz zu verlangen. Es konkurrieren hier auf Seite des Käufers Annahme- und Zahlungsverzug. Denn in der Erklärung des Käufers, nicht annehmen, liegt selbstverständlich auch die Erklärung, nicht zahlen zu wollen; es ist also nicht nur die Annahme der Ware, sondern auch die vertragsmässige Zahlungsleistung von vornherein verweigert. Dem Verkäufer stehen daher nicht nur die Rechte aus dem Annahme-, sondern auch aus dem Zahlungsverzuge des Käufers zu; er ist also nicht nur berechtigt, auf Erfüllung des Vertrages (Abnahme der Ware und Zahlung des Kaufpreises) zu klagen, eventuell zum Selbsthülfeverkauf zu schreiten, sondern er kann auch, nach Anleitung der Art. 122 u. ff. O. R., vom Vertrage zurücktreten und bei Verschulden des Käufers Schadenersatz verlangen. Dem Käufer eine Nachfrist nach Massgabe des Art. 122 an-

zusetzen, ist in diesen Fällen, auch wenn ein Fixgeschäft nicht vorliegt, wohl nicht erforderlich, da die Erfolglosigkeit der Fristansetzung angesichts der Haltung des Käufers von vornherein feststeht. Der Verkäufer ist demnach grundsätzlich berechtigt, Schadenersatz zu verlangen, sofern ein Verschulden des Käufers vorliegt. Dies ist aber, gemäss dem vom Bundesgericht früher aufgestellten Grundsatze, ohne weiteres gegeben, wenn die Nichterfüllung des Vertrages auf die rechtlich unbegründete Weigerung des Käufers, denselben zu erfüllen, also auf einen Willensakt desselben zurückzuführen ist. (Entsch. v. 26. Oktober 1894 i. S. Baum & Cie c. Schweiz. Rheinsalinen.)

---

18. *Art. 346 O. R. Dienstmiete. Entlassung eines Angestellten wegen Zuwiderhandlung gegen den Dienstvertrag.*

Sch. hatte das Patent für eine von ihm erfundene Maschine dem W. abgetreten und war gleichzeitig bei ihm als Geschäftsreisender eingetreten, wobei er sich verpflichtete, so lange er bei W. in Stellung sei, sich an keinem Konkurrenzunternehmen in irgend welcher Art zu beteiligen oder mitzuarbeiten und alle Verbesserungen, welche er an der betreffenden Maschine erfinden sollte, dem W. zur Verwertung zu überlassen. Entgegen diesem Vertrage knüpfte Sch. auf einer Geschäftsreise Verhandlungen betreffend Gründung eines Konkurrenzgeschäftes an und wies hiebei namentlich auf eine von ihm erfundene Verbesserung jener Maschine hin. In diesem Benehmen erblickte das Bundesgericht eine so schwere Verletzung der Vertragspflichten des Sch., welche den W. zur sofortigen Entlassung desselben berechtige. (Entsch. v. 10. Oktober 1894 i. S. Schüler c. Wiesendanger.)

---

19. *Art. 358 O. R. Werkverdingungsvertrag. Heimschlag eines auf dem Grund und Boden des Bestellers errichteten Werkes an den Uebernehmer, Voraussetzungen.*

Bei einem auf dem Grund und Boden des Bestellers errichteten Werke ist das von dem Besteller geltend gemachte Recht des Heimschlages an eine doppelte Voraussetzung geknüpft. Nicht nur ist der Nachweis erforderlich, dass das Werk an so erheblichen Mängeln leide, oder dass es sonst vom Vertrage so sehr abweiche, dass es für den Besteller unbrauchbar ist, oder dass ihm die Annahme billigerweise nicht zugemutet werden kann, sondern es muss auch seiner

Natur nach ohne unverhältnismässige Nachteile entfernt werden können, widrigenfalls der Besteller nur die in Art. 358 Abs. 2 O. R. angegebenen Rechte auf Lohnabzug, eventuell unentgeltliche Verbesserung, und bei Verschulden auf Schadenersatz, hat (Art. 358 Abs. 1 u. 3 O. R.). Diese zweite Voraussetzung hat indessen der Besteller nicht zu beweisen, Sache des Unternehmers ist es, darzuthun, dass das Werk seiner Natur nach nur mit unverhältnismässigen Nachteilen entfernt werden könne, wenn er sich auf die Ausnahmebestimmung des Art. 358 Abs. 3 berufen will. Bringt der Betrieb des Werkes nicht nur ein bedeutendes ökonomisches Risiko für den Besteller mit sich mit Rücksicht auf seine civilrechtliche Haftung gegenüber seinen Angestellten bei allfälligen Unglücksfällen, sondern kann ihm die Fortsetzung dieses Betriebes auch im Hinblick auf seine moralische und sogar strafrechtliche Verantwortlichkeit nicht zugemutet werden, so sind die in Art. 358 Abs. 1 O. R. verlangten Voraussetzungen des Heimschlages gegeben. Daran kann nichts ändern, dass nach der Erklärung des Experten das Werk dem vorgelegten Plane gemäss hergestellt ist; denn da dasselbe bei einem Sachverständigen bestellt war, durfte der Besteller ruhig voraussetzen, dass der ihm vorgelegte Plan, wenn ausgeführt, ein brauchbares Werk ergeben werde. Ist der Plan selbst technisch verfehlt, so ist dafür der sachkundige Unternehmer verantwortlich, auch wenn er von dem nicht sachkundigen Besteller genehmigt worden ist. Uebrigens hat die Klägerin und Widerbeklagte ausdrücklich für absolute Sicherheit der Anlage Garantie geleistet. Von unverhältnismässigen Nachteilen könnte gesprochen werden, wenn der Schaden, den der Unternehmer durch die Wegnahme erleiden würde, in offenbarem Missverhältnis stünde zu dem dem Besteller zu vergütenden Interesse an der vertragsmässigen Ausführung des Werkes. Ist nun das dem Besteller gelieferte Werk nicht etwa bloss für den beabsichtigten Gebrauch untauglich, sondern wegen der Gefährlichkeit des Betriebes überhaupt nicht verwendbar, und müsste sich daher der Unternehmer, wenn Abs. 2 des Art. 358 O. R. Anwendung fände, selbst unter der Voraussetzung, dass ein Verschulden seinerseits nicht vorliege, einen so beträchtlichen Abzug vom Lohne gefallen lassen, dass seine Einbusse ungefähr ebenso erheblich wäre, wie wenn er zur Zurücknahme des Werkes verpflichtet wird, so liegt in der Weigerung der Annahme des Werkes keine übermässige Härte und sind die mit der Entfernung desselben für den Unternehmer verbun-

denen Nachteile keine unverhältnismässigen, selbst dann nicht, wenn der Aufzug nachher nur mehr als altes Eisen verwertet werden kann. Ein Verschulden des Unternehmers, welches den Besteller zum Schadenersatz berechtigt, liegt in der Thatsache, dass der Unternehmer, entgegen der vertraglich übernommenen Verpflichtung, dem Besteller ein mangelhaftes Werk geliefert hat, sei es nun, dass er leichtfertiger Weise ein Werk übernommen, zu dessen richtiger Ausführung ihm die nötige Sachkunde mangelte, oder dass er von seiner Sachkunde nicht den pflichtgemässen Gebrauch gmacht hat (s. amtl. S. d. b.-g. Entsch. Bd. 16 S. 762 Erw. 3). (Entsch. v. 22. September 1894 i. S. Maschinenfabrik Burckhardt c. Gessler & Gysin.)

20. *Art. 552, 14 und 70 O. R. 1. Entstehung der Kollektivgesellschaft und ihrer Gerichtsfähigkeit vor Eintragung in's Handelsregister. 2. Vereinbarung schriftlicher Form eines Vertrages; Entkräftung der Vermutung, dass die Parteien vorher nicht haben gebunden sein wollen. 3. Folgen der Aufhebung eines Werkverdingungsvertrages.*

1. Eine Kollektivgesellschaft bedarf zu ihrer Entstehung nicht der Eintragung in's Handelsregister. Sie ist vielmehr vorhanden, sobald zwei oder mehrere Personen, ohne ihre persönliche Haftbarkeit zu beschränken, unter gemeinsamer Firma ein Handels-, ein Fabrikations- oder ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben, Art. 552 Abs. 1 O. R. Mit ihrer Entstehung ist die Kollektivgesellschaft auch gerichtsfähig, Art. 559 ibid.

2. Haben die Parteien zwar die schriftliche Beurkundung eines nicht an eine besondere Form gebundenen Vertrages vereinbart, vor dieser Beurkundung aber beidseitig mit der Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtungen einerseits durch Abschlagszahlungen und andrerseits durch Beginn der Ausführung des übernommenen Werkes begonnen, so ist anzunehmen, dass sie die Gültigkeit des Vertrages nicht von der Erfüllung der schriftlichen Form abhängig gemacht haben.[1])

3. Haben die Parteien einen Werkverdingungsvertrag aufgehoben, so richten sich die Folgen der Aufhebung, sofern die Parteien darüber keine Vereinbarung getroffen, nach Art. 70 f. O. R. (Entsch. v. 6. Oktober 1894 i. S. Krentel-Billon c. Henrioud & Cie.)

---

[1]) Revue XII Nr. 111.

21. *Art. 627, 639 O. R. Recht der Aktionäre auf gesetz- und statutengemässe Verwaltung.*

Aus Art. 627 Abs. 1, welcher bestimmt, dass wohlerworbene Rechte der Aktionäre denselben nicht durch Mehrheitsbeschlüsse der Generalversammlung entzogen werden können, ist nicht zu entnehmen, welche Rechte des Aktionärs als wohlerworbene anzusehen seien, insbesondere ob darunter auch dessen Anspruch auf Innehaltung des Gesetzes und der Statuten zu verstehen sei. Aus Art. 639 ibid., wonach die Rechte, welche Aktionären in den Angelegenheiten der Gesellschaft zustehen, von der Gesamtheit der Aktionäre in der Generalversammlung ausgeübt werden, kann nicht geschlossen werden, dass der einzelne Aktionär in allen Angelegenheiten, welche die Aktiengesellschaft betreffen, schlechthin an die Beschlüsse der Generalversammlung gebunden sei; denn es frägt sich eben in jedem einzelnen Falle, ob durch diese letztern lediglich Gesamtinteressen, oder nicht auch Rechte berührt werden, bezüglich welcher der Einzelne von dem Gesamtwillen unabhängig ist. Es muss daher die Frage, inwiefern der einzelne Aktionär zur Anfechtung von Beschlüssen der Generalversammlung berechtigt sei, nach den allgemeinen, das Recht der Aktiengesellschaften beherrschenden Grundsätzen gelöst werden. Nun unterwirft sich der einzelne Aktionär durch seinen Beitritt dem Willen der Gesellschaftsorgane auf Grund der vom Gesetze vorgeschriebenen Statuten. Diese bilden nach der deutschen Gesetzgebung über das Aktienrecht den Gesellschaftsvertrag der Aktiengesellschaft; das schweizerische Obligationenrecht hat allerdings, in Abweichung von dem ihm vorbildlichen deutschen Reichsgesetz betreffend Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 11. Juni 1870, den Ausdruck Gesellschaftsvertrag — mit der einzigen Ausnahme des Art. 615 im deutschen und italienischen Text — vermieden; allein, wenn man auch die Statuten nicht als einen förmlichen Gesellschaftsvertrag auffassen will, so enthalten sie doch unzweifelhaft die nach Gesetzesvorschrift unerlässliche Verfassung der Aktiengesellschaft, welche nicht nur die einzelnen Aktionäre, sondern auch die Organe der Gesellschaft bindet. Der Einzelne verzichtet durch seinen Beitritt auf die Ausübung seines Einzelwillens zu Gunsten des durch die Gesellschaftsorgane zum Ausdruck kommenden Willens der Uebrigen nur nach Massgabe des Inhalts der Statuten, und daher ist er auch nur insoweit an die Gesellschaftsbeschlüsse gebunden, als dieselben in der von den Statuten vorgeschriebenen Form und inner-

halb der durch dieselben festgesetzten Kompetenzen gefasst werden (s. Thöl, Handelsrecht Bd. I § 161). Ein statutenwidriger Beschluss eines Gesellschaftsorgans bindet daher den Einzelaktionär nicht, sofern er nicht etwa selbst dazu mitgewirkt hat; er hat vielmehr in seiner Eigenschaft als Gesellschaftsmitglied ein Recht auf Innehaltung der Gesellschaftsverfassung, ohne dass ihm dasselbe durch Gesetz oder Statuten noch besonders eingeräumt zu werden brauchte; dieses Recht folgt mit Notwendigkeit aus der Natur dieses Rechtsinstitutes und findet seinen Schutz in dem gesetzlichen Statutenzwang. Hiebei ist ohne Bedeutung, dass die Statuten durch die Mehrheit abgeändert werden können, denn dadurch wird das Recht auf Beobachtung derselben nicht berührt; dieses letztere unterliegt nur dem Sonderwillen des Einzelaktionärs und bildet daher in der That ein wohlerworbenes Recht dieses letztern (s. Hafner, Komment. Anmerk. 1 zu Art. 627 O. R.; Schneider und Fick, Komment., grosse Ausgabe, Anmerk. 5 und 8 zu demselben Artikel; Schweizerblätter für handelsrechtliche Entscheidungen III, S. 149, V, S. 197). Auch der Umstand, dass das eidgenössische Gesetz für die Ausübung des Anfechtungsrechtes des Einzelaktionärs keine Bestimmungen aufstellt, ist unwesentlich, denn wenn einmal dieses Recht besteht, versteht sich von selbst, dass dasselbe des staatlichen Schutzes teilhaftig ist. In casu folgt übrigens die Befugnis des einzelnen Aktionärs, statutenwidrige Beschlüsse der Generalversammlung beim Richter anzufechten, nicht nur schon aus der Natur des Aktienrechtes selbst, sondern auch aus den Gesellschaftsstatuten, indem dieselben ausdrücklich bestimmen: „Die gehörig konstituierte Generalversammlung vertritt die Gesamtheit aller zur Teilnahme an derselben Berechtigten. Ihre statutengemässen Beschlüsse und Wahlen sind somit auch für Minderheiten und für Abwesende verbindlich.“ Denn damit ist zugleich gesagt, dass umgekehrt nicht statutengemässe Beschlüsse nicht verbindlich sein können. (Entsch. v. 19. Okt. 1894 i. S. Ryf & Cons. c. Schweiz. N.-O.-Bahn.)

---

22. *Art. 882 O. R. Zeitliche Anwendung des Rechts bezüglich der Folgen der Nichterfüllung eines Vertrages.*

Die Folgen der Nichterfüllung eines vor dem 1. Januar 1883 abgeschlossenen Vertrages, der jedoch erst nach diesem Termin zu erfüllen war, richten sich nach den Vorschriften des O. R., Art. 110 ff.[1]) (Entsch. vom 2. November 1894 i. S. Ramseyer c. Page.)

---

[1]) Revue VIII Nr. 57.

23. *Unfallversicherung. 1. Begriff des körperlichen Unfalls.*[1]) *2. Beweis des Unfalls, Beweislast.*

1. Der Versicherungsvertrag versteht unter einem körperlichen Unfall jede Körperverletzung, welche der Versicherte durch äussere gewaltsame Einwirkung, unfreiwillig und ohne grobes Verschulden erleidet, sofern dieselbe den Tod oder Invalidität (bleibende oder vorübergehende) zur Folge hat (§ 1 der allgemeinen Bedingungen der Versicherungspolice). Diese Auffassung des Unfallsbegriffs steht im Einklang mit der Begriffsbestimmung, wie sie allgemein für die private Unfallversicherung gilt; danach bildet nicht nur das Moment des Gewaltsamen und Plötzlichen, sondern namentlich auch des Unerwarteten, Zufälligen, also des Unfreiwilligen ein wesentliches Merkmal dieses Begriffs (vgl. A. S. der b.-g. Entsch. Bd. 19 S. 388 Erw. 4 f.). Daraus folgt denn auch die Unhaltbarkeit der Ansicht, dass auch Fälle von Selbstmord unter den Unfallbegriff subsumiert werden können. Zum Fundament einer Schadensklage aus Unfallversicherung gehört vielmehr der Nachweis, dass der Tod bezw. die Invalidität des Versicherten verursacht worden sei durch eine äussere gewaltsame, ihn unfreiwillig treffende Einwirkung. Diesen Nachweis hat selbstverständlich die Klagpartei zu erbringen. 2. Die Ansicht, dass eine natürliche Vermutung gegen den Selbstmord spreche, und daher der Versicherer zunächst die Vermutung für den natürlichen Tod zu beseitigen habe, muss als rechtsirrtümlich bezeichnet werden. In erster Linie ist derselben entgegenzuhalten, dass es sich zunächst gar nicht um den Beweis des natürlichen Todes, sondern vielmehr des Todes infolge Unfalls handeln kann, und dass der Tod durch Unfall selber geradezu den Gegensatz zum natürlichen Tode bildet. Mit der Vermutung, dass Selbstmord nicht vorliege, ist somit die Vermutung für den Unfall an sich noch keineswegs gegeben; diese letztere greift erst Platz, wenn auch die Vermutung gegen die Annahme eines Todes aus natürlichen Ursachen, beispielsweise infolge Schlagflusses, begründet wird. Aber selbst da, wo prima facie ein durch äussere gewaltsame Einwirkung verursachter, also unnatürlicher Tod vorliegt, kann die gegen die Annahme eines Selbstmordes sprechende Vermutung nicht dazu führen, den Versicherten von dem Nachweis des Unfalls, d. h. eines zufälligen, unerwarteten Ereignisses, zu befreien, bis der Versicherer die Wahrscheinlichkeit eines Selbstmordes darthut.

[1]) Revue XI Nr. 111.

Wenn auch dem Versicherten, dem Wesen der Unfallversicherung zufolge, nicht ein strikter Beweis für den Unfall zugemutet werden kann, indem ein solcher Beweis in der Mehrzahl der Fälle kaum zu erbringen wäre, so ändert dieser Umstand nicht, dass er, d. h. der Kläger, grundsätzlich beweispflichtig ist und zunächst wenigstens die Wahrscheinlichkeit des Unfalls darzuthun hat. Andernfalls würde man zu einer willkürlichen Erweiterung der von den Vertragsparteien vereinbarten Versicherungsgefahr gelangen; denn soweit es wenigstens die Fälle gewaltsamen Todes betrifft, würde praktisch die Wirkung des gewöhnlichen Lebensversicherungsvertrages erzielt, wenn der Versicherte zunächst nichts als die Thatsache des Todes, beziehungsweise des gewaltsamen Todes zu beweisen hätte. Die Unfallversicherung sichert aber nicht gegen diese allgemeinere Gefahr, sondern nur gegen diejenige des gewaltsamen und zugleich akzidentellen, d. h. auf gewaltsamer und zufälliger Einwirkung beruhenden Todes. (Entsch. vom 13. Oktober 1894 i. S. Basler Lebensversicherungsgesellschaft c. Haller.)

---

24. *B.-Ges. betr. Muster- und Modellschutz. 1. Begriff der Neuheit eines Musters. 2. Thatbestand der Nachbildung.*

1. Was die Neuheit eines Musters oder Modells anbelangt, so hat sich das Bundesgesetz betreffend die gewerblichen Muster und Modelle vom 21. Dezember 1888 gleich dem deutschen Musterschutzgesetz vom Jahre 1876 einer Definition enthalten. Dieser Begriff ist daher an Hand der Wissenschaft und Praxis festzustellen; die Vorinstanz fasst das Erfordernis der Neuheit im Sinne des erwähnten Bundesgesetzes dahin auf, dass der zu schützende Gegenstand eine selbständige, geistig produktive Schöpfung des Urhebers und somit originell sein müsse, im Gegensatz zu Dingen, welche bereits früher da waren, oder so einfacher Natur sind, dass dabei von einer geistigen Thätigkeit überhaupt nicht die Rede sein kann, aber immerhin in der Meinung, dass dabei ebensowenig, wie auf dem Gebiete des Patentschutzes, eine bedeutende geistige Leistung verlangt werden darf. Dieser Auffassung ist beizustimmen. Nun hat der von der Vorinstanz bestellte Experte erklärt, dass zwar die Einzelbestandteile des mustergeschützten Sessels, für sich betrachtet, nicht neu seien, dass jedoch der Stuhl in seiner Gesamterscheinung ihm früher nicht bekannt gewesen, und deshalb für ihn neu sei; und die Vorinstanz hat mit Recht gefunden, die ein-

schränkende Ausdrucksweise des Experten, worin derselbe auf sein subjektives Urteil hinweist, vermöge den Wert und Inhalt seines Ausspruches nicht zu beeinträchtigen, da einesteils seine Sachkenntnis nicht hat angefochten werden können, und anderntheils nach der Natur der Sache eine Kenntnisnahme aller Erscheinungen auf diesem Industriegebiete wohl Niemanden möglich sein wird; dieser letztere Umstand, wonach ein absoluter Beweis für die Neuheit der Regel nach nicht zu erreichen ist, darf aber nicht zum Nachteil des Urhebers ausschlagen; denn nicht ihm liegt der Nachweis der Neuheit ob, sondern der den Muster- und Modellschutz Anfechtende hat zu behaupten und zu beweisen, dass das hinterlegte Muster oder Modell nicht neu sei; an ihm ist es daher, darzuthun, dass der Experte nicht alle in Vergleichung fallenden ähnlichen Erzeugnisse gekannt und berücksichtigt habe. Da nun aber der Nichtigkeitskläger keine derartigen Erzeugnisse namhaft gemacht hat, die vom Experten unberücksichtigt geblieben wären, so durfte die Vorinstanz unbedenklich als durch die Expertise erstellt betrachten, dass der mustergeschützte Stuhl in seiner Gesamterscheinung neu sei. Ebenso ist es im Einklang mit dem Sinne des Musterschutzgesetzes, wenn sie in der Zusammenfassung bisher bekannter Motive zu einem neuen Ganzen insofern etwas Neues erblickt, als dadurch eine Individualform von einer selbständigen Bedeutung geschaffen wird. Mit Bezug auf die Frage nun, ob der Experte mit seiner Erklärung, dass der Sessel in seiner Gesamterscheinung neu sei, den Begriff der Neuheit in dem oben als richtig dargestellten Sinne angewendet habe, bemerkt die Vorinstanz, dieser Anspruch des Experten sei dahin aufzufassen, dass der Sessel nicht nur in seiner praktischen Bedeutung als Sitzmöbel, sondern auch nach seiner Form und ästhetischen Erscheinung neu im Sinne einer gewissen Originalität sei. Sie stellt also thatsächlich fest, dass durch die Zusammenfassung einzelner, an sich allerdings bekannter Motive eine Form geschaffen worden sei, deren ästhetische Erscheinung den Eindruck der Neuschaffung, der Originalität macht; die eigene geistige Thätigkeit des Urhebers, welche als Erfordernis des Modellschutzes festzuhalten ist, besteht danach in der neuen Kombination mehrerer Einzelformen zu einem in dieser Gesamtform nicht dagewesenen Modell.

2. Der Thatbestand der Nachbildung ist vorhanden, wenn eine Uebereinstimmung in den wesentlichen Punkten herrscht. Dass diese letztere sich auch auf das unbedeutende

Detail erstrecke, kann aus naheliegenden Gründen nicht verlangt werden; unbedeutende Aenderungen werden sich in der Regel leicht anbringen lassen, ohne dem mit der Nachbildung verfolgten Zweck zu schaden; würde daher Uebereinstimmung auch rücksichtlich dieser verlangt, so wäre es dem Nachahmer regelmässig ein Leichtes, sich seiner Verantwortlichkeit zu entziehen. Es ist denn in der Doktrin auch unbestritten, dass solche Abweichungen vom Original eine verbotene Nachbildung nicht ausschliessen, die ohne besondere Aufmerksamkeit nicht wahrgenommen werden und nicht geeignet sind, eine charakteristische Unterscheidung von denselben hervorzubringen (s. Endemann, Handbuch des Handelsrechts II, S. 303). Hinsichtlich der Frage, ob der Beklagte die Nachbildung schuldhafter Weise betrieben habe, ist festgestellt, dass ihm der Kläger am 2. November 1893 von der Hinterlegung Kenntnis gegeben und ihn vor weiterer Nachbildung gewarnt hat. Es ist daher der Vorinstanz beizustimmen, wenn sie annimmt, der Beklagte habe von diesem Zeitpunkt an jedenfalls fahrlässig gehandelt, indem er ohne Rücksicht auf das vom Kläger beanspruchte Recht die Fabrikation und den Verkauf der fraglichen Sessel einfach fortsetzte. (Entsch. vom 5. Oktober 1894 i. S. Lips c. Baumann.)

---

## B. Entscheide kantonaler Gerichte.

25. *Preuve des obligations régie par la loi cantonale nonobstant les dispositions du Code des Obligations sur la validité des contrats. Art. 1 C. O.*

**Vaud.** Jugement du Tribunal cantonal du 6 novembre 1894 d. l. c. Perrochon c. Cavin.

Dans un procès intenté par Perrochon contre Cavin le demandeur a offert de prouver par témoins qu'une transaction est intervenue entre les parties. Le défendeur s'est opposé à cette preuve, en disant qu'une transaction pour être valable doit être rédigée par écrit (art. 1525 al. 2 C. c.). Le Tribunal de district n'a pas admis la preuve par témoins, se basant sur les motifs suivants: l'art. 1525 C. c. exige que

toute transaction, pour être valable, revête la forme écrite; l'art. 1 C. O. dit au contraire qu'il y a contrat lorsque les parties ont manifesté d'une manière concordante leur volonté réciproque et que cette manifestation peut être expresse ou tacite, ce qui semblerait signifier que tout contrat, quelle qu'en soit la forme, serait valable. Toutefois, le Code des Obligations a laissé subsister l'art. 1525 al. 2 C. c., lequel ne paraît plus applicable que comme disposition de procédure. En conséquence, la loi vaudoise est applicable à l'espèce et la transaction ne peut être valable que si elle revêt la forme écrite.

Perrochon a recouru contre ce jugement et fait valoir qu'il s'agit d'une simple convention régie par le Code féd. des Obl. et pour laquelle aucune forme spéciale n'est exigée (art. 9 C. O.). Cette convention n'a pas été écrite, elle a été faite devant témoins et la seule preuve possible est la preuve testimoniale.

Le Tribunal cantonal a écarté le recours.

Considérant que le Code fédéral des Obligations ne prévoit aucune forme spéciale pour l'espèce de contrat que constitue la transaction.

Qu'il en résulte qu'en droit fédéral l'existence et la validité d'une transaction ne sont soumises à aucune forme autre que les contrats en général (art. 1 et 9 C. O.).

Que cependant, lorsque des parties sont en désacoord sur l'existence d'une transaction, c'est à la partie qui veut se prévaloir de celle-ci qu'incombe le fardeau de la preuve.

Considérant que la procédure civile en général, et spécialement la question des preuves sont restées dans le ressort des lois cantonales, malgré les dispositions de l'art 881 C. O. invoqué par le recourant et qui ne s'applique pas à la procédure.

Que la question de savoir si, devant un tribunal vaudois, on peut entreprendre la preuve d'une transaction au moyen de témoins, doit être résolu négativement en présence de la disposition formelle contenue à l'art. 1525 al. 2 C. c., disposition qui exige que la transaction soit rédigée par écrit et qui précisément subsiste comme règle de procédure.

Qu'une transaction verbale ne peut dès lors être l'objet d'une preuve testimoniale.

(Journal des tribunaux 1894, LXII p. 764 ss.)

Anm. der Redaktion. Wir teilen dieses Urteil mit als Specimen zu der auf dem Juristentage von St. Gallen i. J. 1883 verhandelten Frage, betr. das Verhältnis der kantonalen Vorschriften

über Beweis der Verträge zu den Bestimmungen des O. R. über die Gültigkeit der Verträge. Das Urteil können wir nicht für richtig ansehen und halten dagegen aufrecht, was auf jenem Juristentage schon ausgesprochen worden (s. Verhandlungen in der Zeitschrift f. schweiz. R., N. F. II S. 613 ff.).

---

26. *Unerlaubte Handlung. Haftbarkeit des Prinzipals wegen Kreditschädigung gegenüber seinem Handelsagenten. Art. 50 und 55 O. R.*

**Zürich.** Urteil des Handelsgerichtes vom 8. Juni 1894 i. S. Sommer c. Neff.

S. war Handelsagent des N., der ihm den Verkauf seiner Fabrikate in Stroh- und Filzhüten und dergl. für den grössten Teil der Schweiz übertrug. Infolge persönlicher Zerwürfnisse einigten sich die Parteien schon vor Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer über die Auflösung des Vertrages, „nach gegenseitigem Uebereinkommen," wie es in einem von ihnen hierüber aufgenommenen und unterzeichneten Schriftstück heisst.

Nichtsdestoweniger versandte N. unmittelbar darauf an seine Geschäftsfreunde und Kunden des S. ein gedrucktes Cirkular, worin er anzeigte, dass er „mit dem heutigen Tage seine Vertretung für die Schweiz dem S. entzogen habe," wovon er Notiz zu nehmen bitte. Auf Grund dieser Publikation erhob S. eine Schadenersatzklage gegen N., indem er geltend machte, er sei hiedurch in seinem Kredite arg geschädigt und in seiner kaufmännischen Ehre angegriffen worden. Das Handelsgericht, dessen Kompetenz deshalb begründet war, weil der vorliegende Anspruch im Zusammenhang mit einem eigentlichen Handelsprozesse eingeklagt worden war, hat die Schadenersatzklage im Prinzipe gutgeheissen. Motive: 1. Die Klage ist ein ausservertraglicher Anspruch im Sinne von Art. 50 ff. O. R. Den Art. 55 hat der Kläger hiebei zwar nicht ausdrücklich angerufen, indess muss aus seiner zur Begründung der Forderung gemachten Ausführung, dass ihm durch das Benehmen des Beklagten nicht blos ein ökonomischer, sondern auch ein moralischer Schaden entstanden sei, geschlossen werden, dass sein Begehren sich auch auf Genugthuung im Sinne des Art. 55 richte.

2. Art. 50 O. R. hat eine „widerrechtliche" Schadenszufügung zur Voraussetzung und Art. 55 überhaupt eine „unerlaubte Handlung," abgesehen von Körperverletzung und Tötung. Erstere Gesetzesvorschrift verlangt daher den „Nach-

weis“ eines Schadens als ursächliche Folge der Widerrechtlichkeit (Entsch. des B.-Ger. A. S. Bd. XII S. 309 Erw. 3 *a*), und zwar eines Vermögensschadens (Art. 50), während nach Art. 55 in dieser Hinsicht als Klagegrund eine „ernstliche Verletzung“ des Klägers „in seinen persönlichen Verhältnissen“ genügt und der Richter in diesem Falle berechtigt ist, dem Kläger eine nach freiem Ermessen zu bestimmende Geldsumme zuzusprechen (Art. 55 und 51 O. R.).

3. Es frägt sich somit, ob der Erlass des Cirkulars vom 1. Mai 1893 von Seiten des Beklagten ein „widerrechtliches“ Benehmen im Sinne von Art. 50 O. R. und eine „unerlaubte Handlung“ gemäss Art. 55 das. enthalte, und hiezu darf überhaupt jede Handlung oder Unterlassung gerechnet werden, wozu dem Betreffenden kein Recht zusteht und wodurch die jedem Menschen gegenüber seinen Mitmenschen obliegenden Pflichten verletzt werden (Schneider Komm. z. Obl.-R., zu Art. 50 Nr. 2).

Die Anzeige des Prinzipals, dass er seinem Agenten die Vertretung „entzogen“ habe, enthält nun die Darstellung, als handle es sich dabei um eine plötzliche, einseitige Entlassung desselben, und da eine solche gemäss Art. 346 O. R. nur aus „wichtigen Gründen“ geschehen kann, diese aber, wenn sie der Ehre des Angestellten nicht nachteilig sind, bei einer derartigen Mitteilung ebenfalls angeführt zu werden pflegen, so war damit in der That der Vermutung gerufen, dass irgendwelche unerlaubte Handlungen des Klägers eine plötzliche Entlassung veranlasst hätten (vgl. Entsch. des B.-Ger. A. S. Bd. XIII S. 541 Erw. 5). Dass diese Auffassung bei einzelnen Kunden, denen das Cirkular zugesandt wurde, in der That erweckt worden sei, bedarf keines weitern Nachweises, weil diese Folge in der Natur der Sache liegt und damit als höchst wahrscheinlich angesehen werden muss. Thatsache ist nun aber, dass der Rücktritt des Klägers vom Vertrage auf Grund vorheriger Verständigung der Parteien und jedenfalls nicht aus Gründen geschah, welche dem Kläger irgendwie zum moralischen Vorwurfe gereicht hätten. Da dem Beklagten jene Deutung seines Cirkulars bei irgend welcher Sorgfalt offenbar nicht entgehen konnte, so muss demselben aus dessen Erlass jedenfalls der Vorwurf einer Fahrlässigkeit gemacht werden, und es hat derselbe daher für den dem Kläger hieraus entstandenen Nachteil aufzukommen.

4. Vom Nachweise eines Vermögensschadens durch Beeinträchtigung des Klägers in den ihm von seiner Kundsame

zukommenden Bestellungen kann nun freilich auf Grund der Akten nicht wohl die Rede sein.

Dagegen ist nach den Ausführungen in Erw. 3 ohne weiteres anzunehmen, dass die Ehre und der kaufmännische Kredit des Klägers durch jenes Cirkular gelitten haben; denn dies erscheint als die natürliche Folge der Auffassung, welche die darin enthaltene Anzeige des Beklagten bei den Geschäftsfreunden und Bekannten des Klägers finden musste.

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch. XIII S. 275.)

---

27. *Schädigung durch Sachen. Schadenersatzklage wegen einer durch Umkippen eines Kloakendeckels verursachten Körperverletzung. Art. 67 O. R.*

**Zürich.** Urteil der Appellationskammer vom 26. Juni 1894 i. S. Nicola c. Stadt Zürich.

E. Nicola beschädigte sich am 3. April 1893 bei einem Aufenthalt in Zürich in der Weise, dass er, über den Weinplatz schreitend, auf einen Kloakendeckel trat und — wahrscheinlich infolge Umkippens und Einbrechens desselben — in den Schacht fiel. Er stellte deshalb an die Stadt Zürich, als Eigentümerin der betreffenden Anlage, eine beträchtliche Schadenersatzforderung wegen der durch den Sturz bewirkten Verletzung, Heilungskosten, Arbeitsunfähigkeit u. dgl. Hiefür stützte er sich auf Art. 67 O. R., indem der Schaden infolge fehlerhafter Anlage oder mangelhafter Unterhaltung des Kloakendeckels entstanden sei.

Die gerichtliche Expertise ergab, dass der betreffende gusseiserne runde Deckel nicht genau in den eisernen Rahmen passte, sondern überall um etwa 1 mm. zu klein war. Dies rührte davon her, dass der Deckel als ein Ersatzstück an die Stelle des ursprünglichen, besser passenden, aber gebrochenen, gekommen war. Der Experte hob zwar hervor, dass in dieser mangelhaften Anpassung ein Fehler liege, doch sei damit nicht gesagt, dass der Mangel für Vorbeigehende eine Gefahr in sich schliesse, indem der Deckel, auch wenn die Differenz sich ganz auf einer Seite geltend gemacht hätte, doch noch eine Auflage von ca. 5 mm. gehabt hätte. Als Ursache des Umkippens müsse noch etwas anderes hinzugekommen sein, und in dieser Hinsicht sei denkbar, dass ein kleiner fremder Gegenstand (z. B. ein Steinchen) sich untergeschoben habe, was dann habe bewirken können, dass der Deckel beim Auftreten auf denselben aus der Fuge gehoben worden sei und umgekippt habe. In dem Umstand,

dass der Deckel nicht am Rahmen befestigt gewesen und daher leicht habe abgehoben werden können, sei kein Mangel in der Konstruktion zu erblicken, vielmehr entspreche dies der allgemeinen Uebung.

Im weitern wurde noch festgestellt, dass die städtische Behörde in der Weise eine Kontrolle über den jeweiligen Zustand der Kloakendeckel ausübt, dass die Strassenwärter angewiesen sind, dieselben jeden Morgen um 6 Uhr und sodann im Laufe des Tages bei ihren Runden noch zwei- bis dreimale zu besichtigen.

Die erste Instanz wies die Klage ab, da nach den Ausführungen des Experten nicht auf eine fehlerhafte Konstruktion des betreffenden Kloakendeckels zu schliessen, vielmehr anzunehmen sei, dass irgend ein Zufall das Umkippen desselben und damit den Unfall veranlasst habe.

Die zweite Instanz erklärte dagegen den Schadenersatzanspruch prinzipiell und vorbehältlich des Schadensnachweises als begründet.

Motive: 1. Die Beklagte hat heute in erster Linie bestritten, dass der Art. 67 O. R., auf welchen die Klage gestützt wird, auf den vorliegenden Fall Anwendung finden könne, da derselbe bloss Schädigungen durch unmittelbare körperliche Einwirkung eines Gebäudes oder andern Werkes (Einsturz u. dgl.) im Auge habe, was namentlich aus der Entstehung dieser Gesetzesbestimmung (§ 1885 des frühern zürcher. priv. Ges.-B. u. Art. 1368 des code civil) hervorgehe.

Diese Ansicht — die übrigens gerade hier kaum zur Abweisung der Klage führen könnte, da ja die Verletzung des Klägers unbestrittenermassen durch das Einbrechen des Dolen-Deckels herbeigeführt wurde — ist bereits in einem Urteil des Bundesgerichtes (Entscheidungen Bd. XVI Nr. 115 bes. Erw. 4) einlässlich widerlegt worden, auf dessen Ausführungen hier lediglich verwiesen werden kann. Danach ist davon auszugehen, dass der Art. 67 O. R. in bewusster Ausdehnung jener frühern Gesetze die Haftung des Eigentümers eines solchen Werkes für alle Schädigungen statuiert, die durch dessen mangelhafte Beschaffenheit, sei es infolge fehlerhafter Anlage oder ungenügender Unterhaltung, verursacht wurden.

2. Im vorliegenden Falle liegt demnach dem Kläger der Nachweis ob, dass das fragliche Werk, als dessen Eigentümerin die Beklagte erscheint, mit einem Fehler behaftet gewesen und dass ihm infolge dessen ein Schaden entstanden sei.

Der Nachweis eines weitern Verschuldens der Beklagten

bezw. ihrer Organe kann dagegen von ihm nicht verlangt werden. (S. Bds.-Ger. Entsch. Bd. XI Nr. 81, Erw. 3; Schneider, Komm. z. Art. 87 Z. 3 Gr. Ausg.)

3. Durch das Gutachten des Experten ist konstatiert, dass ein Fehler des fraglichen Dolenverschlusses jedenfalls darin bestand, dass der Deckel nicht genau in den Rahmen passte, sondern ca. 1 cm. von demselben abstand. Der Umstand, dass der betr. Deckel als Ersatz eines frühern, besser passenden, angebracht wurde, vermag die Thatsache der Fehlerhaftigkeit nicht aufzuheben. Es braucht daher auf die Frage, ob ein weiterer Mangel der Anlage darin liege, dass der Deckel nicht befestigt war, sondern von jedermann abgehoben werden konnte, nicht eingetreten zu werden, da, wie sofort gezeigt werden wird, bereits jener erst erwähnte Fehler zur Begründung der Klage genügt.

4. Was nun den Kausalzusammenhang zwischen diesem Fehler des Werkes und der vom Kläger erlittenen Verletzung betrifft, so hat nach der Expertise der Fehler für sich allein allerdings den Unfall nicht herbeiführen können, sondern es bedurfte dazu noch des Hinzutrittes eines weitern Umstandes, der das Umkippen ermöglichte. Allein ein derartiger, durchaus im Bereiche der Voraussehbarkeit liegender äusserer Umstand, der zur Entstehung des Schadens mitwirkt, vermöchte den Kausalzusammenhang nur dann zu beseitigen, wenn derselbe als alleinige Ursache der Schädigung angesehen werden könnte, m. a. W., wenn feststünde, dass derselbe auch ohne den vorhandenen Fehler den Unfall bewirkt hätte (vergl. auch das cit. Urteil des Bds.-Ger. Bd. XVI S. 816). Ueber letzteres spricht sich der Experte nicht ausdrücklich aus; allein aus seinen Ausführungen in Verbindung mit den eigenen Wahrnehmungen des Gerichtes geht hervor, dass dies keineswegs wahrscheinlich ist. Vielmehr sprechen erhebliche Momente dafür, dass bei richtiger Beschaffenheit des Deckels der Unfall nicht oder wenigstens nicht in dieser Weise eingetreten wäre. (Folgen Ausführungen hierüber.) Es muss daher angenommen werden, dass der dem Kläger zugestossene Unfall in kausalem Zusammenhang mit dem vom Experten konstatierten Fehler des Werkes stehe, und als eine, wenn auch erst wohl durch das Hinzutreten eines weiteren Umstandes bewirkte Folge desselben zu betrachten sei. Somit ist die Schadenersatzpflicht der Beklagten im Prinzipe zu bejahen. (Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch. XIII S. 277.)

---

28. *Vereinbarter Ausschluss der Haftbarkeit für Verschulden. Art. 114 O. R. und Art. 12 B.-Ges. betr. die Haftpflicht der Eisenbahnen vom 1. Juli 1875.*

**Luzern.** Urteil des Obergerichts vom 28. Dezember 1893 i. S. Gotthardbahn c. Bucher & Cie.

Unter der Leitung des Vorarbeiters der Gotthardbahngesellschaft, B. Casagranda, wurde ein Materialzug, der verschiedenen Bauunternehmern diente, durch Handtransport auf dem Betriebsgeleise der Gotthardbahn von Göschenen nach Wassen geführt. Der Zug war in mehrere Gruppen mit besondern Begleitern zerlegt. Vier Wagen, welche Sand für die Unternehmer Bucher & Cie führten, wurden speziell von Casagranda begleitet. Er sass auf dem vordersten Wagen, Bucher bediente die Bremse der zwei hinteren Wagen und auf dem zweiten oder dritten Wagen sass der Arbeiter Aliverti. Im Leggisteintunnel bremste Casagranda, und da prallten die drei hinteren Wagen, die sich während der Fahrt vom vordersten losgelöst hatten, auf diesen mit solcher Gewalt, dass Aliverti auf den Boden geschleudert und von den Rädern eines Wagens seine Hände zermalmt wurden. Er klagte gegen die Gotthardbahn, die zu einer Entschädigung von 16,000 Fr. verurteilt wurde. Sie nahm nun ihren Regress gegen Bucher & Cie, gestützt auf den mit diesen Unternehmern abgeschlossenen Vertrag, wonach „der Unternehmer dem Besteller haftet für den Ersatz jedweden Schadens, welcher dem Besteller durch den Unternehmer aus irgend welchem Grunde entweder direkt zugefügt wird oder aus Ersatzansprüchen Dritter an die Gotthardbahn anlässlich der von ihm ausgeführten Arbeiten erwachsen möchte." Das Obergericht wies aber die Klage der Gotthardbahn ab.

Motive: Mag man auch der angeführten vertraglichen Bestimmung die weitestgehende Interpretation zu Ungunsten des Unternehmers und zu Gunsten der Gotthardbahngesellschaft angedeihen lassen, so darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass im vorliegenden Falle bezüglich des für den Unfall kausalen Verhaltens des Casagranda doch wohl von einem groben Verschulden gesprochen werden darf, da er, als langjähriger Vorarbeiter der klägerischen Gesellschaft, der mit der Sache vertraut sein musste, bezüglich der vorschriftsgemässen Wagenkuppelung eine Unterlassung sich beikommen liess, die, wie der Erfolg gezeigt hat, geeignet war, für Transport und Menschenleben derartige Schädigungen herbeizuführen. Nach Art. 114 Abs. 1 O. R. müsste aber eine zum Voraus getroffene Verabredung, wodurch die Haftpflicht

für grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen sein soll, als nichtig erklärt werden; Klägerin kann also, nachdem das Verschulden ihres Angestellten in ihrem Betriebe erstellt ist, die Haftbarkeit nicht mehr auf Grund jener Vertragsbestimmung ablehnen. Selbst wenn nur leichtes Verschulden anzunehmen wäre, müsste auf Grund des Art. 114 Abs. 2 O. R. resp. des Art. 12 B.-Ges. betr. die Haftpflicht der Eisenbahnen vom 1. Juli 1875 eine solche Ablehnung der Haftbarkeit als unstatthaft erscheinen, indem nach ersterer Bestimmung für den Fall der Verantwortlichkeit aus dem Betriebe eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes der Richter einen zum Voraus erklärten Verzicht auf Haftung für leichtes Verschulden nach billigem Ermessen, was hier augenscheinlich zutreffen würde, als nichtig erklären kann, und andrerseits die zweitgenannte Gesetzesstelle speziell für Eisenbahn- und Dampfschiffunternehmungen solchen Vereinbarungen, durch welche die Schadenersatzverbindlichkeit nach den Bestimmungen des cit. Gesetzes zum Voraus wegbedungen oder beschränkt wird, die rechtliche Wirkung abspricht.

(Verhandl. des Oberger. und der Justizkomm. 1893 S. 145 ff.)

---

29. *Konventionalstrafe. Statthaftigkeit einer Reduktion durch den Richter. Art. 182 O. R.*

**Thurgau.** Urteil des Obergerichts vom 28. Juni 1894 i. S. Weber c. Brunschweiler.

Unterm 22. November 1893 wurde zwischen R. Br. als Verkäufer und A. W. als Käufer ein Vertrag geschlossen, welcher in Ziffer 6 bestimmt: „Der Verkäufer verpflichtet sich, bei Vermeidung einer Konventionalstrafe von 1000 Fr. den Metzgereiberuf in der Gemeinde Bischofszell nie mehr zu betreiben.“ R. Br. richtete hierauf in Sitterdorf eine Metzgerei ein und lieferte von hier aus auch noch einigen Kunden in Bischofszell etwas Fleisch. Infolge dessen wurde er von A. W. auf Bezahlung der Konventionalstrafe belangt. Die erste Instanz sprach dem Kläger in Rücksicht darauf, dass Seitens des Beklagten nur eine beschränkte Fleischabgabe an Handwerker, mit denen er schon früher in Verkehr gestanden, stattgefunden habe, und dem Kläger kein grosser Nachteil entstanden sei, gemäss Art. 182 O. R. eine Entschädigung von 500 Fr. zu. Der vom Beklagten ergriffenen Appellation schloss sich der Kläger an, indem er Zusprechung der ganzen Konventionalstrafe verlangte, und das Obergericht sprach ihm diese zu.

M o t i v e: Betreffs des Art. 182 O. R. ist das Obergericht der Ansicht, dass der Richter nicht leichthin einen gehörig abgeschlossenen Vertrag abändern und nach seinem subjektiven Ermessen die von den Parteien vereinbarte Konventionalstrafe ermässigen darf, zumal in Fällen, wo die Nichterfüllung des Vertrages von einer Partei geradezu beabsichtigt ist. Eine Ermässigung darf nach dem Willen des Gesetzes und der in andern Kantonen (vgl. Bucher's Sammlung Nr. 671 bis 673) bestehenden Praxis nur ausnahmsweise stattfinden, speziell dann, wenn die Konventionalstrafe, wie dies zum Beispiel bei den von Tag zu Tag oder von Woche zu Woche wachsenden Strafen leicht der Fall sein kann, zu einer viel schwereren Leistung würde, als von den Parteien beim Vertragsabschlusse beabsichtigt war. Solche ausnahmsweise Verhältnisse liegen nun aber in concreto nicht vor. Die Parteien waren beim Vertragsabschlusse über Art und Höhe der Konventionalstrafe vollständig im Klaren. Es kann auch im Hinblick auf das grosse Interesse, welches der Käufer der Metzgerei an der Sicherung vor der Konkurrenz des Verkäufers hatte, nicht gesagt werden, dass die Konventionalstrafe in übermässiger Höhe angesetzt wurde. Dazu kommt, dass der Appellant den Vertrag absichtlich nicht erfüllte, indem er durch seinen Sohn den Zeugen K. und B. Fleisch geradezu a n t r a g e n liess, mit dem Gerber E. bei seinem Wegzuge von Bischofszell eine förmliche Vereinbarung über allwöchentliche Fleischlieferung traf, auch solchen Abnehmern, mit denen er nicht in Gegenrechnung stand, wie L. und S., Fleisch lieferte und die Gegenrechnungen einer Reihe von Geschäftsleuten konsequent mittelst Fleischlieferungen beglich. Diese Thatsachen weisen darauf hin, dass der Appellant es auf eine Umgehung des Konkurrenzverbotes abgesehen hatte. Der Schaden, der dem Appellaten aus der Nichterfüllung des Vertrages erwuchs, kommt bei Festsetzung der Konventionalstrafe nicht in Betracht, da es sich um keine Schadenersatzklage handelt. Massgebend ist lediglich, dass der Appellant den Vertrag gebrochen hat, dass er dies absichtlich that, und dass die vereinbarte Konventionalstrafe nicht von vornherein als eine übermässige erklärt werden kann. Infolgedessen hält sich das Obergericht im vorliegenden Falle zu einer Reduktion der von den Parteien verabredeten Konventionalstrafe nicht als berechtigt.

---

30. *Droit de rétention. Prétendu exercice au mépris des intentions du débiteur. Art. 225 et 226 C. O.*

**Genève.** Jugement du Tribunal de 1[re] instance (Chambre commerciale) du 1[er] mars 1894 d. l. c. Amstutz et Cie c. Office des faillites.

Amstutz et Cie sont porteurs réguliers d'un billet de change souscrit par A. Hantsch à l'ordre de Bossi, qui l'a endossé en blanc à Compagnon, qui l'a, de son côté, transmis par endossement à l'ordre d'Amstutz et Cie. Hantsch étant tombé en faillite, Amstutz et Cie prétendent avoir un droit de rétention sur divers titres qui leur ont été remis par Hantsch en garantie de l'escompte qu'ils pourraient lui faire d'effets portant sa signature. L'office des faillites résiste à cette prétention, arguant du fait que le billet n'a pas été présenté à l'escompte par Hantsch lui-même, mais par un des tiers porteurs (Bossi ou Compagnon). Le Tribunal a reconnu fondée la demande de Amstutz et Cie.

Motifs: Attendu qu'il y a lieu de considérer que si les titres en question ont été remis en nantissement aux demandeurs en vue des effets de commerce que Hantsch pourrait présenter lui-même à l'escompte, il n'en existe pas moins une grande connexité entre la créance dont les demandeurs sont actuellement titulaires, et le dépôt des titres sur lesquels ils prétendent un droit de rétention;

Qu'il est évident que si les demandeurs ont accepté d'escompter un effet portant la signature de Hantsch, c'est parce qu'ils étaient nantis d'un gage; que, de plus, et aux termes de l'art. 226, le débiteur étant en faillite ne peut invoquer les dispositions de l'art. 225; qu'il en résulte que la suspension de paiements ayant eu lieu après la remise de la chose sur laquelle les demandeurs veulent exercer le droit de rétention, il n'y a pas, en vertu de l'art. 226, § 2, C. O., lieu d'examiner la question de savoir si le droit revendiqué s'exerce ou non à l'encontre des intentions qu'avait le débiteur lorsqu'il a fait le nantissement.

(La Semaine judiciaire XVI [1894] p. 447 s.)

---

31. *Berechnung des „laufenden Jahres" bei Miete im Falle des Art. 294 O. R.*

**Luzern.** Entscheid der Justizkommission vom 15. Juni 1893.

Ueber A. W. wurde am 6. Februar 1893 der Konkurs eröffnet. B. M. machte auf Grund eines am 13. März 1889 mit Wirkung von Mitte Septembers gl. J. abgeschlossenen, am 3. September 1892 vom Mieter W. gekündigten Mietver-

trages, der eine sechsmonatliche Kündigungsfrist und einen Jahreszins von 1200 fr., zahlbar in halbjährlichen Raten von 600 Fr., jeweilen auf Mitte März und Mitte September vorsieht, folgende Eingabe:

| | | |
|---|---|---|
| a) Mietzins vom 15. März 1891 bis 15. März 1892 | Fr. | 1200.— |
| b) Mietzins für das laufende Jahr 15. März 1892 bis 15. März 1893 . . . . . . . . . . . | „ | 1200.— |
| c) Verzugszins . . . . . . . . . . . . . . . . | „ | 53.80 |
| | Fr. | 2453.80 |

und beanspruchte dafür das Retentionsrecht auf das Warenlager und die Invekta. Hiegegen opponierten andere Gläubiger und begehrten, dass B. M. mit seinem Retentionsrechte nur für die nach dem 15. September 1891 verfallenen Mietzinse zugelassen werde. Dieses Begehren wurde erst- und zweitinstanzlich gutgeheissen.

Die Justizkommission, nachdem sie über die drei (von Janggen, Darstellung und Kritik der Bestimmungen des O. R. über die Sachmiete, S. 120 ff. ausführlich erörterten) Möglichkeiten der Auffassung des Ausdrucks „laufendes Jahr" referiert hat, entscheidet sich für die Annahme des zürcherischen Cassationsgerichtes (Revue VI Nr. 101), „dass das laufende Jahr von dem Tage an beginnt, an welchem nach dem Vertrage der letzte Zins vor dem Ereignisse, das zur Geltendmachung des Retentionsrechts berechtigt, verfallen ist," und wiederholt die von diesem Gerichte dafür geltend gemachten Gründe. Da im concreten Falle der letzte Zins vor dem zur Geltendmachung des Retentionsrechts berechtigenden Ereignis (Konkurseröffnung) gemäss Vertrag auf 15. September 1892 verfallen war, so ist demzufolge das „verflossene" Jahr von diesem Datum zurück, das „laufende" vorwärts zu rechnen.

(Verhdl. des Obergerichts und der Justizkomm. 1893 S. 68 ff.)

---

32. *Bail à ferme. Demande de résiliation pour circonstances graves. Art. 310 C. O.*

**Vaud.** Jugement du Tribunal cantonal du 5 septembre 1894 d. l. c. Viquerat c. Jaquier.

Par acte de bail du 9 janvier 1892, F. Viquerat et R. Vittoz ont remis à ferme aux frères Jaquier leur domaine pour neuf ans. Au courant de la même année les rapports que les bailleurs entretenaient avec les fermiers se troublaient par suite d'un propos injurieux de Jaquier contre Viquerat et les bailleurs ont ouvert action aux défendeurs Jaquier en

demandant la résiliation immédiate du bail pour circonstances graves qui en rendent la continuation intolérable aux demandeurs (relations tendues entre bailleur et fermier). Les deux instances ont repoussé cette conclusion, le Tribunal cantonal par le motif suivant:

Considérant que si la loi a pu comprendre comme circonstances graves rendant la continuation du bail intolérable le fait que les relations personnelles entre parties seraient tendues, il faut distinguer le cas prévu à l'art. 292 de celui prévu à l'art. 310 C. O.

Qu'en effet, si en matière de bail à loyer, lorsque le bailleur et le preneur habitent la même maison ou demeurent à proximité l'un de l'autre, les relations personnelles peuvent avoir une réelle importance au point de vue de la jouissance des lieux loués et peuvent être prises en considération dans une demande de résiliation, il n'en est pas nécessairement de même en matière de bail à ferme, surtout lorsque les propriétaires n'habitent pas la même localité que leurs fermiers.

Que dans l'espèce l'attitude des demandeurs n'était pas à l'abri de toute critique et qu'en somme les torts des parties étaient réciproques.

Qu'enfin les circonstances de la cause, soit les relations tendues entre parties, ne constituent point les circonstances graves dont parle l'art. 310 C. O.

(Journal des Tribunaux LXII [1894] p. 628 ss.)

---

33. *Bürgschaft. Gesetzliche Subrogation in die Rechte des Gläubigers auch zu Gunsten des Mitbürgen, der seine Quote einem andern Mitbürgen zahlt. Art. 504 O. R.*

**Bern.** Urteil des App.- und Cass.-Hofes vom 9. März 1894 i. S. F. Maurer c. A. Maurer.

Von zwei Mitbürgen hatte der eine, J. Arn, die ganze Schuld an den Gläubiger bezahlt und von dem andern dann dessen Quote erhalten. Dieser klagte hierauf seinen Anteil gegen den Hauptschuldner ein, der ihm die Aktivlegitimation bestritt, weil zwar wohl auf den Mitbürgen J. Arn die gläubigerischen Rechte gegenüber dem Hauptschuldner übergegangen seien, dagegen eine weitere Uebertragung gläubigerischer Rechte auf den Kläger nicht stattgefunden habe, auch einer ausdrücklichen Erklärung des Mitverpflichteten, der die ganze Schuld abgeführt hatte, bedurft hätte. Das Gericht erklärte aber den Kläger als zur Klage legitimiert.

M o t i v e: Art. 504 O. R. findet nicht blos für den Fall Anwendung, wenn ein Bürge in seiner Eigenschaft als Bürge den Gläubiger befriedigt, sondern auch dann, wenn ein Mitbürge später den ihm auffallenden Teil der Schuld dem erstzahlenden Bürgen abträgt. Denn die regelmässige endliche Lösung eines Schuldverhältnisses, auch eines solchen, in dem mehrere Bürgen sich für den Hauptschuldner verpflichtet haben, ist die, dass der letztere die Schuld bezahlt; sind nun dessen Bürgen dem Gläubiger gegenüber für ihn eingetreten, so will das Gesetz, dass er doch in gleicher Weise und ohne dass es einer besonderen Uebertragung der Rechte des Gläubigers bedürfte, bis zur Abführung der Schuld auch denen gegenüber verhaftet bleibt, die verpflichtungsgemäss den Gläubiger an seiner Statt befriedigt haben. Dabei kann nun für den Fall, dass mehrere Mitbürgen für die Schuld aufgekommen sind, die Reihenfolge, in der dies geschehen ist, für den Uebergang der Rechte des Gläubigers pro rata des verpflichtungsgemäss Abbezahlten nicht in Betracht fallen in der Art, dass nur auf den erstzahlenden Bürgen die Rechte des Gläubigers ohne Weiteres mit der Befriedigung übergiengen; sonst würde der Schuldner durch die Thatsache, dass sich die Bürgen erst auseinandersetzten, nachdem zunächst der eine den Gläubiger ganz befriedigt hat, statt dass sie gleichzeitig ihre Quoten berichtigten, in eine bessere Rechtsstellung gerückt werden. Somit gehen auch in einem solchen Falle die Rechte des Gläubigers ohne Weiteres im Verhältnis, wie die Bürgen ihrer Verpflichtung Genüge geleistet haben, auf sie über. Es ist dies übrigens auch eine Konsequenz der Rückgriffsverhältnisse, die zwischen Mitbürgen, sowohl einfachen als solidarischen, bestehen: die Rückgriffsrechte des zahlenden Bürgen gegen seinen Mitbürgen entstehen mit der Befriedigung des Gläubigers, an dessen Stelle er auch gegenüber dem Hauptschuldner getreten ist. Bedient er sich nun der Rückgriffsrechte gegen seinen Mitbürgen, so steht er dem letzteren gegenüber gleichsam in der Stellung des Gläubigers, dessen Rechte nun auch ohne Weiteres mit der Befriedigung auf die zahlenden Mitbürgen übergehen.

(Zeitschr. des Bern. J.-V. XXX S. 534 ff.)

---

**34.** ***Société en nom collectif non inscrite au registre du commerce. Responsabilité des dettes contractées par elle. Art. 552 C. O.***

**Neuchâtel.** Jugement du Tribunal cantonal du 6 février 1894 d. L. c. Baillod c. Dubois Baillod et Cie.

Par convention du 5 octobre 1888, Henri Dubois, Georges Baillod et Jean Walter, tous trois domiciliés au Locle, ont déclaré vouloir former entre eux une société en nom collectif ayant pour objet l'importation et l'exportation d'horlogerie et de bijouterie: La société prend la raison sociale „Dubois Baillod et Cie"; le siège de la société „sera" à Neiva dans l'Etat de Colombie, et la société aura une succursale au Locle; chaque associé a la signature sociale pour les affaires de la société; celle-ci commence le jour „sous date", soit le 5 octobre 1888; en attendant l'accomplissement des formalités nécessaires, Henri Dubois, Georges Baillod et Jean Walter reconnaissent qu'ils sont solidairement responsables des engagements pris et à prendre par eux, etc. — Le 4 octobre 1888, Paul Baillod a facturé à cette société des marchandises d'horlogerie pour une somme de fr. 7364 et Henri Dubois et Jean Walter, associés entre eux sous la raison Walter et Dubois, se sont engagés sous cette raison sociale à payer à Paul Baillod une somme de fr. 5364 sur sa facture; cet engagement a été exécuté. Le lendemain 5 octobre Georges Baillod et Henri Dubois ont signé pour le solde de la facture une pièce conçue dans les termes suivants:

„Nous soussignés reconnaissons avoir reçu de M. Paul Baillod la somme de 2000 fr. d'horlogerie en consignation. Le Locle le 5 octobre 1888.

(signé) Dubois Baillod et Cie.
(signé) Dubois Baillod et Cie."

Le 8 octobre, Henri Dubois et Georges Baillod sont partis pour la Colombie. En 1889, Henri Dubois est revenu au Locle, Georges Baillod est resté dans l'Amérique du Sud. Le 7 mai 1892, Paul Baillod a mis en demeure la société Dubois Baillod et Cie, en s'adressant à Henri Dubois et Jean Walter, d'avoir à lui restituer les marchandises confiées ou à lui en payer la valeur en 2000 fr. Dubois et Walter ont répondu que la société Dubois Baillod et Cie n'existait pas puisqu'elle n'avait jamais été inscrite au registre du commerce, et qu'une société en nom collectif ne pouvait devenir créancière et débitrice que par cette inscription. Ensuite de cette réponse, Paul Baillod a introduit la demande contre la société Dubois Baillod et Cie en s'adressant à deux des membres de cette

société, Henri Dubois et Jean Walter, tous deux domiciliés au Locle, ces deux étant aussi pris à partie personnellement. Dans leur réponse commune à la demande, Henri Dubois et Jean Walter font valoir, que la société D. B. et Cie n'a jamais existé; que, dès lors, la demande doit être écartée en tant que dirigée contre une société qui n'est jamais parvenue à l'existence légale, et Henri Dubois et Jean Walter ne peuvent pas d'avantage être recherchés en qualité de codébiteurs solidaires, d'associés gérants ou de membres de cette société.

Le Tribunal a condamné la société Dubois Baillod et Cie en adoptant les conclusions du demandeur.

Motifs: L'art. 552 C. O. ne fait point de l'inscription au registre du commerce une condition de l'existence légale de la société en nom collectif. Une société de cette espèce existe dès que deux ou plusieurs personnes se sont associées à l'effet de poursuivre, sous une raison sociale, l'un des buts mentionnés au premier alinéa du dit article. Seules les sociétés prévues au 3e alinéa de l'art. 552, soit les sociétés qui n'ont pas pour but de faire le commerce, d'exploiter une fabrique ou d'exercer une industrie en la forme commerciale, ne deviennent des sociétés en nom collectif que par l'inscription. C'est ce qui les distingue de celles du premier alinéa.

La société Dubois Baillod et Cie a commencé le 5 octobre 1888 et, aux termes de l'art. 6 du contrat de société, chaque associé a la signature sociale. Dans ces conditions, il faut admettre que Georges Baillod et Henri Dubois avaient le droit d'agir au nom de la société et que la reconnaissance qu'ils ont signée au Locle le 5 octobre 1888, en faveur de Paul Baillod, sous leur double signature sociale, oblige valablement la société D. B. et Cie.

(Jugements du Trib. cant. de Neuchâtel, III p. 308 ss.)

---

35. *Anfechtung des Kollokationsplanes. Sind die Teilnehmer einer spätern, leer ausgehenden Pfändungsgruppe zur Anfechtung des für die vorangehende Gruppe ausgefertigten Kollokationsplanes berechtigt? Verneinung dieser Frage. Art. 147 und 148 B.-Ges. betr. Sch. und K.*

**Zürich.** Entscheid des Kassationsgerichtes vom 7. Juni 1894 i. S. Vereinigte Schweizer Brauereien c. Schläpfer.

Bei F., der von verschiedenen Gläubigern betrieben wurde, fand am 25. Januar 1893 eine Pfändung statt, welcher sich innerhalb der dreissigtägigen Frist weitere Gläubiger anschlossen. Später wurden die gleichen Gegen-

stände noch von andern Gläubigern gepfändet, die eine neue Pfändungsgruppe bildeten. Nach Verwertung der Pfandobjekte stellte das Betreibungsamt eine Schlussrechnung und Verteilungsliste auf, worin das Ergebnis der Liquidation für beide Pfändungsgruppen zusammengestellt war. Hienach wurden die der ersten Gruppe angehörenden Gläubiger für ihre Forderungen annähernd gedeckt, während die Gläubiger der zweiten Gruppe leer ausgiengen.

Dieser Kollokationsplan wurde den Angehörigen beider Pfändungsgruppen zur Einsicht aufgelegt, mit der Anzeige, dass sie berechtigt seien, denselben binnen 10 Tagen durch gerichtliche Klage gegen die Beteiligten anzufechten.

Hierauf reichten einige Gläubiger der zweiten Gruppe gemäss Art. 148 Sch.- u. K.-G. beim Einzelrichter im beschleunigten Verfahren Klage ein mit dem Begehren, es möchte der Kollokationsplan dahin abgeändert werden, dass die in demselben figurierende Forderung des K. Schläpfer, eines Gläubigers der ersten Gruppe, wegen Nichtigkeit der Betreibung, zu Gunsten ihrer Forderungen gestrichen werde.

Die Klage wurde von beiden Instanzen wegen mangelnder Aktivlegitimation der Kläger verworfen, im wesentlichen mit der Begründung:

Zur Anfechtung des Kollokationsplanes seien nur diejenigen Personen berechtigt, denen gemäss Art. 147 Sch.- u. K.-G. Auszüge aus jenem mitgeteilt werden müssen (Art. 148 daselbst). Hiezu gehören aber die Gläubiger einer spätern Gruppe nicht; diesen stehe vielmehr nur der Weg der Anfechtungsklage im ordentlichen Prozessverfahren offen, gemäss Art. 115 und 285 ff. des cit. Gesetzes.

Die von den Klägern wegen angeblich offenbaren Widerspruches der Entscheidung mit Art. 148 Sch.- u. K.-Ges. erhobene Kassationsbeschwerde wurde ebenfalls abgewiesen.

Motive: Dadurch, dass in Art. 148 für Anfechtung des Kollokationsplanes eine von Mitteilung des Auszuges aus demselben laufende Frist angesetzt ist, wird der Ausdruck „jeder Gläubiger“ auf diejenigen Gläubiger beschränkt, denen nach dem Gesetze ein solcher Auszug zugestellt werden soll, und zu diesen gehören Gläubiger, für welche in einer nachgehenden Gruppe gepfändet worden ist, nicht. (Vgl. Weber & Brüstlein, Komm. z. Sch.- u. K.-G. z. Art. 148, N. 2.)

Dem Gedanken, dass es unbillig sei, dass der zuerst Pfändung begehrende Gläubiger ein unbedingtes Vorrecht vor allen Späterkommenden erlange, hat das Gesetz nur soweit Rechnung getragen, dass es, wenn ein Gläubiger hat

pfänden lassen, andern Gläubigern die Möglichkeit einräumt, binnen einer gewissen Frist durch Stellung von Pfändungsbegehren gleiche Rechte mit jenem ersten zu erlangen, aber mit der ausdrücklichen Bestimmung, dass Gläubiger, deren Pfändungsbegehren erst nach Ablauf jener Frist einlaufen, weitere Gruppen mit gesonderter Pfändung bilden (Art. 110 Satz 2). Hienach ist klar, dass in Art. 144 Satz 1, welcher lautet: „Die Verteilung findet statt, sobald alle in einer Pfändung enthaltenen Vermögensstücke verwertet sind," die Worte „in einer Pfändung" gleichbedeutend sind mit: „in den eine Gruppe bildenden und für die beteiligten Gläubiger gleiche Rechte schaffenden Pfändungen," und dass daher der ganze Abschnitt über Verteilung des Ergebnisses einer Pfandverwertung (Art. 144—150) nur die Verhältnisse innerhalb einer solchen Pfändungsgruppe regeln will. Hätte man den Gläubigern späterer Gruppen überhaupt ein Recht, sich in die Liquidation der früheren Gruppen einzumischen, einräumen wollen, so hätte man es doch wohl nicht auf den Fall beschränkt, wo das Ergebnis der Pfandverwertung in einer frühern Gruppe zur gänzlichen Befriedigung aller dieser Gruppe angehörenden Gläubiger nicht ausreicht und wo deshalb ein Kollokationsplan nötig wird.

(Schweizer Blätter für h.-r. Entscheidungen XIII [1894] S. 269.)

---

36. *Art. 285 Ziff. 1, 2, Art. 260 B.-Ges. über Schuldbetreibung und Konkurs. Ein einzelner Gläubiger, der die Anfechtungsklage erhoben hat, bleibt dazu aktiv legitimiert, auch wenn nachträglich über den Schuldner bezw. seinen Nachlass der Konkurs ausgebrochen ist, und bedarf nicht erst der Abtretung seitens der Masse.*

**St. Gallen.** Urteil des Kantonsgerichts vom 5. Januar 1893.

A., der am 30. Juni 1892 bei seinem Schuldner B. ungenügende Pfändung erhalten und dabei in Erfahrung gebracht hatte, dass B. am 24. März gl. J. seine Liegenschaften mit gesamtem Inventar an seine zwei Töchter für Fr. 35,000 verkauft habe, machte am 6. Dezember 1892 beim Vermittleramt und am 28. September beim Bezirksgericht die Anfechtungsklage gegen die genannten Töchter anhängig. Am 8. September starb Vater B. Das über seinen Nachlass eröffnete Beneficium inventarii hatte zur Folge, dass die Erben ausschlugen und die Liquidation der Verlassenschaft dem Konkursamte übertragen wurde. Die Konkurseröffnung erfolgte am 19. November. Am 21. Dezember

bestritten die Töchter B. in der erstinstanzlichen Verhandlung vor Bezirksgericht die Aktivlegitimation des Klägers A. für die Anfechtungsklage, da infolge der Konkurseröffnung Tit. VII und Art. 285 Ziff. 2 B.-Ges. zur Anwendung kommen müssen, und die Voraussetzungen von Art. 260 nicht zutreffen. Dies wiederholten sie später in zweiter Instanz. — Das Kantonsgericht hat sie abgewiesen.

Motive: Für die Klagelegitimation des A. entscheidet der Zeitpunkt der Klageanhebung (Vermittlungsvorstand 6. September). Mit dem Konkursausbruche über den Nachlass des B. sind allerdings nach Art. 285, Ziff. 2 B.-Ges. auch die Konkursverwaltung und eventuell nach Art. 260 auch jeder einzelne Konkursgläubiger (vorbehältlich die Verjährungsbestimmungen in Art. 286 bis 288) zur Anfechtung des Liegenschaftenverkaufes legitimiert geworden, und es ist mit der Konkurseröffnung die Anzahl der formell Klageberechtigten erweitert worden. Darnach steht es der Konkursmasse des B. bezw. nach Art. 260 B.-Ges. auch den einzelnen Konkursgläubigern frei, sich der von A. bereits angehobenen Klage anzuschliessen, oder die Klage gegen die Töchter B. selbständig anzuheben, oder beides zu unterlassen. — Art 200 trifft nicht zu.

Wenn der Anfechtungskläger A. gegen die Töchter B. obsiegt, so ist dadurch nur das entschieden, dass letztere auf die gekauften väterlichen Liegenschaften kein Recht erworben haben, dass der Kauf selbst ungültig ist. Über die Frage dagegen, ob A. als obsiegender Anfechtungskläger für seine in Verlust geratene Forderung an B. ausschliessliche oder bessere Rechte auf die Liegenschaft erstritten habe, oder ob diese in die Konkursmasse falle, wird sich streitigenfalls A. ohne Zutun der Schwestern B. mit der Konkursmasse auseinanderzusetzen haben.

(Entsch. des Kantonsger. St. Gallen 1893 S. 4 ff.)

---

37. *Art. 67 Ziff. 3, 111, 146—148 B.-Ges. über Schuldbetreibung und Konkurs. Unstatthafte Anfechtung des Kollokationsplans durch eine Ehefrau behufs Erhöhung ihres Anschlusses an die Pfändung gegen den Ehemann um den bei der Versteigerung des Frauengutes erzielten Mehrerlös.*

**St. Gallen.** Urteil des Kantonsgerichts vom 4. Oktober 1893.

Die Ehefrau L.-H. verlangte am 31. Oktober Anschluss an eine Pfändung gegen ihren Ehemann für Fr. 26,300 Frauenvermögen, behielt sich jedoch vor, ihr Vermögen, soweit es in

Liegenschaften und Fahrnissen bestehe, nach fachmännischer Schätzung gewertet in Natura zurückzunehmen, eventuell die blos vorläufige Schätzung nach Ausmittlung des genauen Wertes durch eine endgültige zu ersetzen. Hievon gab das Betreibungsamt dem betriebenen Ehemann L. Kenntnis; dagegen wurde von dieser Verwahrung in der Pfändungsurkunde nichts vorgemerkt, und die Behauptung der Ehefrau L.-H., dass diese Verwahrung den andern Gläubigern der betr. Gruppe mitgeteilt worden sei, konnte nicht bewiesen werden. Bei der Pfandverwertung vom 19. Juni 1893 ergaben die in Pfändung genommenen Liegenschaften der Frau L.-H. einen Erlös von Fr. 29,335. Am 16. August wurde Frau L.-H. kolloziert mit Fr. 26,300, je zur Hälfte in IV. und V. Klasse, wogegen sie innert gesetzlicher Frist Klage anhob, mit dem Begehren um Kollokation auch für den bei der Versteigerung erzielten Mehrerlös ihrer Liegenschaften von Fr. 3035 (über die von ihr zur Anschlusspfändung angemeldeten Fr. 26,300 hinaus). — Das Kantonsgericht hat die Klage abgewiesen hauptsächlich aus folgenden Gründen: Nach dem Wesen des Betreibungsgesetzes, das auf dem Grundsatze der Spezialexekution basiert, kann jede Betreibung nur verlangt und erlassen werden für eine bestimmt umgrenzte und numerisch bestimmte Forderung (Art. 67, Ziff. 3 B.-Ges.) und nicht für ein ziffermässig nicht umschriebenes, naturales Vermögensobjekt. Nach Art. 111, Abs. 2 ist von einer von der Ehefrau verlangten Anschlusspfändung unter Angabe des Anspruches den Gläubigern, welche ebenfalls Pfändung in der nämlichen Gruppe erlangt haben, Kenntnis zu geben, damit sie innert 10 Tagen den Anspruch bestreiten können. Damit dies aber möglich sei, ist der Anspruch ziffermässig auszusetzen, da sonst das Bestreitungsrecht der Gläubiger illusorisch würde. Wenn Art. 148 B.-Ges. für die Gläubiger im Allgemeinen das Recht zur Anfechtung des Kollokationsentwurfes vorsieht, so ist davon eine Ausnahme gemacht gegenüber der Ehefrau, Mündeln u. s. w., welche im Sinne von Art. 111 B.-Ges. Anschlusspfändung erwirkt haben; während nämlich die Bestreitung der Forderungen anderer Gläubiger erst vom Datum der Kollokation an erfolgen muss, hat gemäss Art. 111, Abs. 2 und 3 B.-Ges. die Bestreitung des Anspruches innert 10 Tagen nach der Kenntnisnahme von der Anschlusspfändung und dann die Klaganhebung innert weiteren 10 Tagen im beschleunigten Verfahren zu erfolgen. Die rechtliche Folgerung daraus ist, dass eben die für die Anschlusspfändung von der Ehefrau ausgesetzte Forderung, sofern sie, wie im heutigen Falle,

unbestritten geblieben ist, auch für die Kollokation massgebend sein muss und zwar für alle Gläubiger und auch für den Schuldner; ebenso folgt daraus, dass eine vorbehaltliche Aussetzung der Frauengutsforderung im Anschlusspfändungsverfahren angesichts des Art. 111 B.-Ges. unzulässig ist, da damit die Gläubiger in ihrem Bestreitungsrechte verkürzt würden.

(Entsch. des Kantonsgerichts St. Gallen 1893, S. 39 ff.)

---

38. *Anfechtungsklage. Pfandbestellung zur Sicherung bereits bestehender Verbindlichkeit oder für eine novierte Forderung? Art. 287 Ziff. 1 B.-Ges. über B. u. K.*

**Baselstadt.** Urteil des Appellationsgerichts vom 29. Oktober 1894 i. S. Basler Lagerhausgesellschaft c. Konkursmasse Ed. Wirz & Cie.

Ed. Wirz & Cie hatten einen Ballen sog. broché noir anfangs Februar 1894 der Basler Lagerhausgesellschaft zu Pfand übergeben, weil letztere die Erneuerung eines am 15. Februar fällig werdenden Acceptes von der Verpfändung dieser Ware abhängig gemacht hatte. Am 10. April 1894 gerieten Ed. Wirz & Cie in Konkurs und die Konkursbehörde focht dieses Pfandrecht als für eine bereits bestehende Forderung bestellt und daher nach Art. 287 Ziff. 1 B.-Ges. betreffend Schuldbetreibung und Konkurs revocabel an. Das Appellationsgericht trat dieser Anschauung nicht bei, sondern erklärte das Pfandrecht als zu Recht bestehend.

Motive: Es kann nicht angenommen werden, dass das Pfandrecht zur Sicherung einer bereits bestehenden Verbindlichkeit bestellt worden ist. Die Verpfändung war Gegenleistung gegen die von der Lagerhausgesellschaft gewährte Prolongation des Wechsels, der verfallen und daher der sofortigen raschen Exekution unterworfen war, zu deren Verhinderung eine Erneuerung (Novation) der Wechselverbindlichkeit gegen Pfandsicherung für die daraus entstehende Gefahr vorgenommen wurde. Das fällt offenbar nicht unter Art. 287 Ziff. 1 des cit. Bundesgesetzes, der den Fall im Auge hat, wo der Gläubiger bei unveränderter Fortdauer des Schuldverhältnisses nachträglich eine Sicherung dafür gewinnen will.

---

39. *Action révocatoire. Vin vendu, non payé, restitué au vendeur par l'acheteur. Art. 287, 288, 291 L. P. et F.*

**Genève.** Jugement du Tribunal de 1re instance (Chambre commerciale) du 22 mars 1894 d. l. c. Augsbourg q. q. a. contre Galante.

En mars 1893, Galante a vendu à Chevalier 3562 litres de vin; Chevalier a accepté une traite créée le 5 avril à l'échéance du 5 août 1893; cette traite a été protestée le 7 août. Le 20 août, Chevalier a expédié à Galante six fûts de vin comprenant celui que Galante lui avait vendu. Peu de temps après, il est tombé en faillite. L'administrateur de la masse a ouvert l'action révocatoire contre Galante; il conclut à ce que G. soit tenu de restituer à la masse Ch. la quantité de 3562 litres de vin ou la valeur du dit vin en fr. 1178.50, expliquant que G. doit être considéré comme ayant reçu le paiement de la créance autrement qu'en numéraire et valeurs usuelles à une époque où son débiteur était déjà insolvable (art. 287 L. P. et F.) et que le fait d'avoir restitué le vin constitue un des actes prévus à l'art. 288 L. P. et F. soit un acte fait par le débiteur dans l'intention de porter préjudice à ses créanciers ou de favoriser le défendeur avec connivence, au détriment de ses autres créanciers, soit de la masse.

Le Tribunal a admis les conclusions de la demande et déclaré la demande établie.

**Motifs:** Attendu que si le fait de restituer une marchandise près de cinq mois après qu'elle a été livrée, peut être, à toute rigueur de droit, considéré comme constituant la résiliation du marché intervenu au sujet de cette marchandise et non comme étant le paiement fait en marchandise d'une dette payable en numéraire, il y a lieu de constater que l'acte du débiteur et qui a consisté à renvoyer la marchandise a été fait à un moment où il était, sinon en état de cessation de paiements, tout au moins dans une position fort difficile, puisque la traite tirée par le défendeur avait été protestée.

Que si l'on peut admettre que le débiteur n'a pas agi dans l'intention de porter préjudice à ses créanciers, il a agi dans l'intention de favoriser un de ses créanciers au préjudice des autres, puisque la restitution de la marchandise a eu pour effet de diminuer son actif.

Attendu que bien que le défendeur puisse être considéré comme ayant pu de bonne foi croire qu'il faisait un acte légitime, les faits démontrent qu'il connaissait le mauvais état des affaires de sieur Ch., puisque ce dernier lui demandait,

avant la restitution, de longs délais pour payer et lui exposait, lors de la restitution, qu'il n'avait pas même assez d'argent pour payer les frais de la réexpédition.

Qu'enfin, il est difficile d'admettre que le défendeur aurait consenti à reprendre sa marchandise s'il n'eût pas eu des renseignements qui pouvaient lui faire craindre de n'être pas payé; que le terme de connivence, employé par la loi, ne veut nullement dire qu'il faut que le créancier ait agi de mauvaise foi; que le législateur a évidemment voulu dire qu'il suffit pour qu'il y ait connivence, qu'il y ait acquiescement même irréfléchi du créancier aux propositions que lui fait son débiteur.

Attendu, par conséquence, que le fait par Ch. d'avoir à un moment où il pouvait déjà prévoir que l'état de ses affaires aboutirait à une liquidation, restitué au défendeur pour le désintéresser, la marchandise dont il lui devait le montant, et que le fait par le défendeur d'avoir parfaitement connu la situation de son débiteur, sont de nature à faire admettre que Ch. a fait dans l'intention de favoriser un créancier et avec la connivence de ce dernier, un acte préjudiciable à la masse; que cet acte doit être considéré comme étant nul et, qu'en conformité de l'art. 291 L. P. et F., le défendeur doit être tenu de restituer ce qui lui a été payé ou livré en vertu d'un acte nul.

(La Semaine judiciaire 1894 p. 659 ss.)

---

## A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

10. *Art. 56 B.-Ges. betreffend Organisation der Bundesrechtspflege und Art. 279 B.-Ges. betr. Schuldbetreibung und Konkurs. Unzulässigkeit der Berufung an das Bundesgericht in Arrestprozessen.*

Gegen Urteile in Arrestprozessen ist die Berufung an das Bundesgericht gemäss Art. 56 ff. Organisationsgesetz nicht zulässig, da Gegenstand derselben nicht ein civilrechtlicher, sondern nur ein prozessualischer Anspruch ist. (Entsch. vom 26. Januar 1895 i. S. Dannenberg & Schaper c. Benz.)

---

11. *Art. 56, 59 und 60 B.-Ges. betreffend Organisation der Bundesrechtspflege. Berechnung des Streitwertes nur nach den nach eidgenössischem Rechte zu beurteilenden Ansprüchen.*

Die in einer Klage geltend gemachten Ansprüche können bei der Bestimmung des erforderlichen Streitwertes nur in soweit berücksichtigt werden, als dieselben nach eidgenössischem Rechte zu beurteilen sind. (Entsch. vom 28. November 1894 in S. Iseli c. Vingelz.)

---

12. *Art. 6 B.-Ges. betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit und Art. 33 Abs. 3 O. R. 1. Unanwendbarkeit des cit. Art. 6 auf die vor Inkrafttreten desselben verhängten Vormundschaften. 2. Ist bei Wohnsitzwechsel des Bevormundeten eine Bekanntmachung der Bevormundung am neuen Wohnorte notwendig? 3. Begriff der Verleitung und des Schadens im Sinne des Art. 33 Abs. 3 O. R.*

1. Art. 6 des Bundesgesetzes betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit findet auf die Vormundschaften, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes stattgefunden haben, keine Anwendung.

2. Dieser Artikel verlangt neben der Publikation am Orte, wo die Vormundschaft verhängt worden ist, eine

weitere Publikation nur, wenn der Bevormundete in diesem Zeitpunkte in einem andern Kanton seinen Wohnsitz hatte; keineswegs darf Art. 6 so ausgelegt werden, dass eine solche Veröffentlichung auch an jedem spätern Aufenthaltsorte des Bevormundeten stattzufinden habe (s. A. S. der b.-g. Entscheidungen, Bd. XIV S. 342 f.).

3. Wenn auch nicht zu leugnen ist, dass die Verleitung im Sinne des Art. 33 al. 3 O. R. nicht durchaus in positivem Handeln zu bestehen braucht, so genügt dazu doch jedenfalls nicht schlechthin schon das blosse Stillschweigen. Andernfalls würde der in dem Schutz des Vögtlings liegende Zweck der Vormundschaft, soweit es sich nicht um augenscheinlich Handlungsunfähige handelt, grossenteils illusorisch gemacht, und es wäre denn auch nicht einzusehen, warum der Gesetzgeber die in der zitierten Gesetzesstelle aufgestellte Schadenersatzpflicht nicht einfach an das Verschweigen der Vertragsunfähigkeit geknüpft hätte. Es wird vielmehr je in Würdigung der besondern Umstände des einzelnen Falles zu prüfen sein, ob die bona fides vom Handlungsunfähigen verlangte, dass er sich ausspreche.

4. Der nach Art. 33 Abs. 3 zu vergütende Schaden besteht in dem negativen Vertragsinteresse des irregeleitetne Kontrahenten. Bestand daher die Schuld, welche ein Handlungsunfähiger verbürgt hat, schon vor seiner Bürgschaftserklärung, so dass also nicht etwa der Kredit erst infolge dieser letztern erteilt worden ist, so kann ein Schaden nur dadurch erwachsen, dass der Gläubiger infolge der Bürgschaft unterlassen hatte, sich anderweitige Sicherheit für seine Forderung zu verschaffen. (Entsch. vom 8. Dezember 1894 i. S. Solothurner Kreditbank c. Reutlinger.)

---

43. *Art. 38 und 50 O. R. 1) Ermächtigung kantonaler Regierungen zum Abschluss von Staatsanleihen. 2) Anspruch eines Bankiers auf Ersatz für Bemühungen u. s. w. bei Nichtzustandekommen eines Anleihens.*

1. Die Ermächtigung einer kantonalen Regierung resp. eines einzelnen Mitgliedes derselben zum Abschlusse von Staatsanleihen richtet sich nach dem kantonalen öffentlichen Rechte.

2. Ist eine kantonale Regierung mit einem Bankier in Unterhandlung wegen Abschlusses eines Staatsanleihens getreten, der Vertrag dann aber, gleichgültig aus welchem Grunde, nicht zu Stande gekommen, so hat der Bankier keinen

Anspruch auf Entschädigung für seine Bemühungen und Ersatz allfälliger Auslagen, sofern ihm dieselbe nicht versprochen worden ist. (Entsch. vom 9. November 1894 i. S. Escuyer c. Freiburg.)

---

44. *Art. 50 O. R. und Art. 1 B.-Ges. betreffend Urheberrecht an Werken der Litteratur und Kunst vom 23. April 1883. 1. Begriff des Werkes der Litteratur; 2. Unredlicher Wettbewerb; Individualrecht an einem Fahrtenplan; 3. Uebertragbarkeit dieses Rechts.*

1. Unter den Begriff eines Werkes der Litteratur im Sinne des B.-Ges. vom 23. April 1883 fallen nicht etwa bloss Erzeugnisse der sogenannten schönen Litteratur, sondern überhaupt alle Schriftsachen, welche eine selbständige Gedankendarstellung enthalten, und so können an sich gewiss auch Kursbücher Gegenstand des Urheberrechtes bilden, sofern eben diese letztere Voraussetzung bei ihnen zutrifft. Dazu genügt aber nicht die blosse Zusammenstellung von Daten und die Mitteilung von gemeinfreiem Material. Es muss die geistige Arbeit des Verfassers in der gedanklichen Darstellung zum Ausdruck kommen. Sein Urheberrecht besteht auch nicht etwa an dem zusammengetragenen Material, sondern lediglich an der Darstellungsweise, und zwar, soweit es sich um ein Werk der Litteratur handelt, nur an der sprachlichen Darstellungsweise, nicht auch an der besonderen räumlichen Darstellung durch die Schrift. An einem Lokalfahrtenplan, welcher nichts als eine Zusammenstellung von Fahrtenplänen, Reisebilleten, Tarifen, also von durchweg gemeinfreien Notizen enthält, ohne dass die einzelnen Angaben der Gruppen in eine eigentümliche Gedankenverbindung gebracht wären, oder den Gegenstand einer über die gewöhnliche Art der Mitteilung sich erhebenden sprachlichen Darstellung bildeten, kann es daher kein Autorrecht geben, ungeachtet die Zusammenstellung und Auswahl seines Inhaltes und die Anordnung desselben auf einer gewissen Ueberlegung und geistigen Thätigkeit beruhen. Insbesondere kann auch der technischen Behandlung der Fahrtenpläne, d. h. der Art, wie Stationen abgelesen werden können, die Schnellzüge markiert werden, nicht der Schutz des Autorrechts gewährt werden, weil eben darin keine Gedankendarstellung zu finden ist.

2. Die gewerbliche Konkurrenz wird dann zu einer widerrechtlichen, wenn der Mitbewerber den Ruf, welchen ein

anderer Mitbewerber sich erworben hat, für sich auszubeuten sucht (A. S. der b.-g. Entsch. Bd. XVII, S. 516 Erw. 5 f., S. 710 ff. und S. 756). Diess trifft da zu, wo Jemand einen Verkehrsartikel mit den gleichen Unterscheidungszeichen auf den Markt bringt, welche bereits von einem andern Mitbewerber angewendet werden. Auch hier findet ein Eingriff in die Rechtssphäre des Mitbewerbers statt. Es wird der Schein erweckt, als ob es sich um die Waare dieses letztern handle. Dadurch wird die Kraft, die derselbe durch die Individualisierung seiner Waare im Konkurrenzkampf eingesetzt hat, nicht nur abgeschwächt, sondern zur Förderung des nachahmenden Konkurrenten verwendet, der auf dieselbe keinen Anspruch hat. Diese Art der Konkurrenzausübung ist daher eine widerrechtliche und berechtigt den dadurch Betroffenen, nach den im O. R. enthaltenen Grundsätzen über unerlaubte Handlungen, die Einstellung derselben, sowie Ersatz des zugefügten Schadens zu verlangen.

3. Das Individualrecht auf Herausgabe von Lokalfahrtenplänen in einer bestimmten Form, Ausstattung, ist übertragbar, da es sich um ein Unternehmen handelt, das in gleicher Weise von einem Nachfolger fortgesetzt werden kann. Der Rechtsnachfolger kann daher verlangen, dass Niemand anders einen Fahrtenplan herausgebe, der im Publikum für den seinigen genommen werden könnte. (Entsch. vom 30. November 1894 i. S. Preuss c. Hofer & Burger.)

---

**45.** *Art. 50 O. R. Unredlicher Wettbewerb. Schutz der Zeitungstitel.*

1. Zeitungsunternehmungen sind keine Waare oder industrielle Erzeugnisse im Sinne des Markenschutzgesetzes. Zeitungstitel können daher nicht ins Markenregister eingetragen werden und ihre Eintragung gewährt kein Markenrecht. Dieselben entbehren jedoch des rechtlichen Schutzes nicht, sondern sind nach den Grundsätzen über die unredliche Konkurrenz gegen solche Nachahmungen geschützt, welche geeignet sind eine Täuschung des Publikums herbeizuführen;[1] und zwar genügt zur Untersagung der Nachahmung die objektive Gefahr der Verwechselung.[2])

---

1) A. S. d. b.-g. Entsch. XVII S. 753. Kohler, Autorrecht S. 132 f. und Markenrecht S. 21. A. Seligsohn, Kommentar zum deutschen Markenschutzgesetz S. 30.

2) Vgl. Pouillet, Traité des marques de fabrique etc. S. 691 ff. Allart, Traité de la concurrence déloyale S. 159 f.

2. Besteht der Titel einer Zeitung aus einem Phantasienamen und einem vom Ort der Ausgabe hergenommenen geographischen Element (in casu „Tribune de Genève“), so kann darin, dass eine andere, an einem andern Orte erscheinende Zeitung den gleichen Phantasienamen mit einem vom Orte ihrer Ausgabe hergenommenen geographischen Zusatz als Titel wählt („Tribune de Lausanne“), jedenfalls dann keine unzulässige Nachahmung erblickt werden, wenn die Ausstattung, der äussere Aspekt der beiden Zeitungen ein so verschiedener ist, dass die Gefahr einer Verwechselung derselben nicht besteht. Auf den Inhalt der Zeitungen, insbesondere ihr Programm und ihre politische Tendenz, kommt es dabei nicht an. (Entsch. vom 1. Februar 1895 i. S. Société anonyme de la Tribune de Genève c. Wohlgrot.)

---

46. *Art. 50, 53, 110 und 338 O. R. Haft des Dienstherrn für den seinem Angestellten in Ausübung seiner dienstlichen Verrichtungen entstandenen Schaden.*

J. D. war Güterknecht bei B. Eines Tages sprengte er im Beisein des B. Steine mittelst Dynamit. D. lud das Bohrloch mit Dynamit und schüttete Pulver darauf. Beim Anzünden verknallte aber bloss das letztere. D. versuchte nun den Dynamit tiefer in das Loch einzutreiben, und zwar mit dem Ladstock; als dies nicht gelingen wollte, schlug er auf den Ladstock. Damit brachte er die Mine zur Entzündung. D. wurde an den Augen derart verletzt, dass er das Sehvermögen vollständig einbüsste; überdiess erlitt er Verletzungen an der linken Hand und am linken Vorderarm. D. belangte den B. auf Schadenersatz und siegte prinzipiell ob. Den Motiven des b.-g. Urteils entnehmen wir Folgendes:

Aus den Akten ergiebt sich nun, dass nicht nur den D. sondern auch den B. ein Verschulden an benanntem Unfalle trifft. D. hat die Arbeit, bei der er verunglückt ist, im Dienste des B. verrichtet, und zwar mit Vorwissen und unter Zustimmung desselben. Aus dem zwischen den Parteien bestehenden Dienstvertrage sowohl als auf Grund der Gebote der allgemeinen Rechtsordnung erwuchs dem B. die Pflicht, die erforderliche Sorgfalt anzuwenden, damit sein Angestellter bei der Verrichtung seiner Dienste nicht beschädigt werde. Wenn ihm nun auch daraus, dass er den D. überhaupt mit Dynamit sprengen liess, kein Vorwurf gemacht werden kann, indem diese Arbeit allerdings äusserste Vorsicht, nicht aber solche technische Fertigkeit voraussetzt, die von einem

Dienstknechte nicht zu erwarten wäre, so legte ihm doch die besondere Gefährlichkeit derselben, zumal da sie nicht in den Kreis der gewöhnlichen Dienstverrichtungen des Knechtes fiel, die Pflicht auf, sich zu vergewissern, ob derselbe die erforderlichen Vorsichtsmassregeln kenne und anzuwenden verstehe, und er durfte ihn zu der Arbeit nur verwenden, nachdem er sich hievon überzeugt hatte. Diese Pflicht hat B. vernachlässigt. Die Vorinstanz stellt fest, dass B., obschon er die hohe Gefahr, welche mit dem Gebrauch des Dynamits verbunden ist, kannte, es unterlassen hat, nach dieser Richtung hin sich zu erkundigen. Er war dieser Pflicht auch dann nicht enthoben, wenn D. selbst die Anwendung von Dynamit vorgeschlagen und gegen B.s ursprünglichen Willen durchgesetzt hatte, denn damit war noch keineswegs hergestellt, dass er mit diesem Sprengmittel richtig umzugehen wisse. Im Weitern hat sodann B. zugegeben, dass er bei der Sprengung anwesend war und den unsinnigen Manipulationen des D. zugesehen hat. Aus seiner eigenen Darstellung ergiebt sich, dass die Explosion nicht etwa schon bei dem ersten Schlag mit dem Ladstock erfolgte, sondern dass D. wiederholt, zuerst mit dem Ladstocke und dann mit dem Hammer auf die Ladung geschlagen hat. B. hätte also noch rechtzeitig intervenieren können. Wenn er nun trotz der augenscheinlichen Gefahr den Knecht in dieser kopflosen Manipulation fortfahren liess, und dieselbe so indirekt billigte, so hat er auch dadurch die ihm als Dienstherrn obliegende Pflicht der Beaufsichtigung in grober Weise vernachlässigt und das Unglück wesentlich mitverschuldet. (Entsch. vom 28. Dezember 1894 i. S. Doggwyler c. Burkart.)

---

47. *Art. 72 O. R. 1. Begriff der Zahlung im Sinne dieser Gesetzesbestimmung. 2. Anfechtung eines Vergleichs wegen angeblichen Irrtums über die Rechtsbeständigkeit der (teilweise) anerkannten Forderung.*

1. Unter Zahlung im Sinne des Art. 72 O. R. ist jede zum Zwecke der Tilgung einer vermeintlichen Schuld gemachte Leistung, so auch die Ausstellung eines Schuldscheines infolge eines Vergleichs zu verstehen.

2. Ein Vergleich kann von einem Teile nicht aus dem Grunde angefochten werden, dass er sich über die Rechtsbeständigkeit der vom andern Teile gegen ihn gestellten Forderung im Irrtum befunden habe. Denn damit, dass die Parteien sich verglichen, gaben sie zu erkennen, dass sie

das zwischen ihnen bestehende Rechtsverhältnis beidseitig als ungewiss betrachteten. Nur wenn der Zweck eines Vergleichs nicht in der Beseitigung der Ungewissheit eines Rechts, sondern in der Beseitigung der Ungewissheit seiner Erfüllung liegt und daher dieser letztere Zweck dem Vergleiche zu Grunde liegt, bildet die Ungewissheit des Rechtsverhältnisses keine wesentliche Voraussetzung des Vergleichs. (Entsch. vom 22. Dezember 1894 i. S. Derendingen c. Solothurn.)

---

18. *Art. 128 O. R. Arbeiterversicherung. 1. Rechtliche Natur der Polize; 2. Inwiefern wird durch eine solche Versicherung ein Recht des Dritten begründet? 3. Versäumnis der zur Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs festgesetzten Präklusivfrist, Entschuldbarkeit.*

K. war bei der Bâloise als Heizer angestellt. Auf seinen Namen errichtete der Arbeitgeber eine Unfallversicherungspolize, welche indessen nie in die Hände des K. gelangte, sondern von dem Generalsekretär der Gesellschaft verwahrt wurde. Von diesem wurde auch die Prämie bezahlt; K. trug an die Prämie nichts bei; auch ist ihm der Inhalt des Versicherungsvertrages nie mitgeteilt worden. Das zur Polize gehörige Antragsformular trägt seine Unterschrift.

Im Dezember 1892 erlitt K. bei der Arbeit einen Unfall, indem er an ein eisernes Geländer anstiess. Am 16. Dezember reichte der Generalsekretär der Basler Versicherungsgesellschaften der Beklagten eine Schadensanzeige ein, begleitet vom Attest des behandelnden Arztes, welcher eine gänzliche Arbeitsunfähigkeit von acht Tagen als Folge des Unfalls annahm. Nachdem K. einige Zeit lang das Bett gehütet, nahm er die Arbeit wieder auf und führte dieselbe bis zu seinem Austritt Ende Januar 1894 weiter. Am 31. Januar d. J. wurde die Polize auf den neuen Heizer übertragen. Im April 1894 liess sich K. untersuchen und verlangte gestützt auf ein ärztliches Zeugnis, dass seine damalige Krankheit sich sehr wohl als Folge jenes Unfalls auffassen lasse und eine Einbusse an Arbeits- und Erwerbsfähigkeit von 10 % bereite, unter Hinweis auf die genannte Polize, von der Versicherungsgesellschaft Entschädigung. Er wurde jedoch abgewiesen, mit der Begründung, dass zwischen ihm und der Beklagten niemals ein Versicherungsvertrag bestanden habe. Kläger sei von der B. auf ihre Kosten gegen etwaige Berufsunfälle versichert worden. Die B. sei demnach Versicherungsnehmer und allein berechtigt, eventuelle Ansprüche

aus dieser Versicherung zu machen. Die Klage wurde vom Bundesgerichte abgewiesen. Der Begründung des Urteils entnehmen wir folgendes:

1. Der Bestimmung der allgemeinen Bedingungen, wonach die Zahlung gegen Rückgabe der Originalpolize erfolgt, kann nicht der Sinn beigemessen werden, dass die Verpflichtung des Versicherers dadurch in eine Skripturobligation umgewandelt würde; die Polize bleibt blosse Beweisurkunde, und die Geltendmachung des Versicherungsanspruches ist daher nicht durch den Besitz derselben bedingt. Eine andere Frage ist, in wie weit der Versicherer die Zahlung von der Rückgabe derselben abhängig machen könne; zur Feststellung und zum Nachweise der Anspruchsberechtigung ist die Vorlage der Polize kein unbedingtes Erfordernis.

2. Mit Bezug auf die Aktivlegitimation des K. ist zunächst unerheblich, dass der Kläger den Versicherungsantrag unterschrieben hat; denn diese Unterzeichnung war in diesem Falle eine reine Formsache zur Gewinnung der nötigen Auskunft über die Person des Versicherten. Entscheidend sind dagegen die von der Beklagten angeführten Momente, insbesondere, dass die B. die Polize stets in Händen gehabt hat und die Prämie, ohne irgend welches Hinzuthun von Seite des K., von ihr bezahlt worden ist. Sie ist daher Versicherungsnehmer. Dagegen ist allerdings K. in der Polize als Versicherter genannt und wurde somit ein Vertrag zu Gunsten eines Dritten, des K. abgeschlossen. Nach Art. 128 O. R. begründet der Vertrag zu Gunsten eines Dritten zunächst nur ein Forderungsrecht der Kontrahenten, dahin gehend, dass an den Dritten geleistet werde, und dieser letztere kann die Erfüllung nur dann selbständig fordern, wenn dies die Willensmeinung der Kontrahenten war. Der Beweis für diese Willensmeinung liegt dem die Erfüllung fordernden Dritten ob; denn sie bildet eine wesentliche Voraussetzung seines Klagerechts. Nun wird man allerdings sagen können, dass mit dem Versicherungsvertrage zu Gunsten eines Arbeiters auch der Wille der Kontrahenten nicht nur auf Leistung der allfällig auszuzahlenden Entschädigung an den Arbeiter selbst, sondern, der Regel nach, auch auf Gewährung eines direkten Klagerechts desselben verbunden sei. Allein in concreto erheben sich doch wichtige Bedenken gegen diese Annahme. Der Versicherungsnehmer hat nicht nur die Polize stets bei sich behalten, sondern dem K. nicht einmal Kenntnis von dem Inhalte gegeben, so dass er über die zu erfüllenden Förmlichkeiten bei eingetretenem Unfalle und die Präklusiv-

bestimmungen und Fristen hinsichtlich der erforderlichen Schadensanzeige, der Feststellung des Unfalles u. s. w. gar nicht orientiert war. Nach § 6 der allgemeinen Bedingungen muss beispielsweise die Schadensanzeige nach Anleitung oder unter Benutzung des von der Gesellschaft hiezu mit der Polize gelieferten Anmeldungsformulars gemacht werden. Ein solches Formular wurde dem K. nie übermittelt, er war daher nicht einmal in die Lage versetzt worden, eine Schadensanzeige in der vorgeschriebenen Form zu machen; so hat auch nicht er, sondern der Versicherungsnehmer die Anzeige von dem Unfalle vom 14. Dezember 1892 erstattet. Ebenso hat K. in der ganzen Zeit vom Dezember 1892 bis im April 1894 sich nie dahin geäussert, dass er einen Anspruch gegen die Beklagte zu stellen befugt wäre. Unter diesen Umständen kann aber der dem K. obliegende Beweis, dass er nach der Willensmeinung der Parteien ein selbständiges Klagerecht gegen die Beklagte habe erwerben sollen, nicht als erbracht angesehen werden. Der Aktivlegitimation des K. steht sodann weiter die im Januar 1894 erfolgte Uebertragung der Polize auf den neuen Heizer entgegen. Auch da, wo der Dritte nach dem Willen der Kontrahenten ein selbständiges Klagerecht erwerben sollte, kann nach Art. 128 O. R. der Gläubiger den Schuldner so lange entbinden, als nicht der Dritte dem letztern erklärt hat, von seinem Rechte Gebrauch machen zu wollen. Die Uebertragung der Polize auf den neuen Heizer hat nun aber stattgefunden, bevor K. diese Erklärung abgegeben hat, und es wäre daher der selbständige Erfüllungsanspruch desselben, auch wenn ein solcher begründet worden wäre, rechtzeitig revoziert worden.

3. Allerdings kann die Nichteinhaltung der für Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs an die Gesellschaft festgesetzten Präklusivfrist nur schaden, wenn dieselbe eine schuldhafte war (s. Ehrenberg, Versicherungsrecht, Bd. 1, S. 435). Dies ist aber der Fall. Der von der Vorinstanz hervorgehobene Umstand, dass er von dem Inhalte der Polize und daher auch von den bezüglichen Vorschriften keine Kenntnis hatte, reicht zu seiner Entschuldigung nicht aus; als entschuldigt wäre er anzusehen, wenn ihm trotz bezüglicher Anfragen die nötige Auskunft verweigert worden wäre; dies ist jedoch von ihm nicht behauptet worden; er hat sich um seine diesfälligen Obliegenheiten überhaupt nicht gekümmert, und muss daher die an die Unterlassung geknüpften Folgen tragen. (Entsch. vom 23. November 1894 i. S. Kienle c. Basler Lebensversicherungs-Gesellschaft.)

---

**19.** *Art. 128 O. R. Ist ein Lebensversicherungsvertrag „zu Gunsten der Erben“ ein Vertrag zu Gunsten Dritter?*

E. H. hatte einen Versicherungsvertrag abgeschlossen, in welchem seine Erben als Versicherte bezeichnet waren. Sein Nachlass wurde von seinen Kindern ausgeschlagen, dagegen von der Witwe angetreten, welche auch die Versicherungssumme bezog. Nachher geriet dieselbe in Konkurs und die Kinder H. stellten das Begehren, sie seien in diesem Konkurse als Gläubiger für die von ihrer Mutter bezogene Versicherungssumme anzuerkennen. Die Klage wurde in allen Instanzen abgewiesen. Dem b.-g. Urteile entnehmen wir folgendes:

Frägt sich, ob ein Versicherungsvertrag als Vertrag zu Gunsten Dritter, oder als ein solcher zu Gunsten des Versicherungsnehmers zu betrachten sei, so steht zunächst nach bundesgerichtlicher Praxis (A. S. XX S. 115 und 191) fest, dass aus der Natur des Lebensversicherungsvertrages als solchen in dieser Beziehung nichts zu entnehmen ist. Das Bundesgericht hat in den citierten Fällen ausdrücklich ausgesprochen, dass der Lebensversicherungsvertrag nicht schon seiner Natur nach ein Vertrag zu Gunsten Dritter sei. Allerdings kann er zu Gunsten Dritter abgeschlossen werden; dagegen genügt zu der Annahme, dass dies in einem speziellen Falle auch wirklich geschehen sei, noch nicht die blosse Thatsache, dass etwa gewisse nähere Verwandte, z. B. Kinder oder Frau, vorhanden sind, und dass erfahrungsgemäss häufig der Versicherungsnehmer durch Abschluss des Vertrages deren Zukunft sichern will. Vielmehr ist zur Annahme eines Vertrages zu Gunsten Dritter erforderlich, dass ein dritter Begünstigter auch wirklich in genügend deutlicher Weise vertraglich bezeichnet werde, andernfalls angenommen werden muss, dass der Vertrag für den Versicherungsnehmer selbst resp. den Nachlass desselben abgeschlossen sei und die Versicherungssumme daher mit dem Nachlass erworben resp. ausgeschlagen werde. Das Bundesgericht hat nun ausgesprochen, dass die blosse Klausel der Polize „zahlbar an meine Erben, à mes héritiers“[1]) nicht genüge, um die Annahme zu begründen, dass ein Vertrag zu Gunsten Dritter gewollt sei. In der That werden mit dem Ausdruck Erben diejenigen bezeichnet, welche die Erbschaft antreten und den Nachlass erwerben; es ist daher aus der genannten Klausel zunächst nur zu entnehmen, dass der Versicherungsnehmer die Ver-

---

[1]) Revue XII Nr. 79, 86.

sicherungssumme an die Erben als solche, also in seinen Nachlass fallen lassen wollte; die betreffende Summe sollte daher auch nur mit seinem Nachlasse erworben werden können. — Ein gegenteiliger Entscheid würde dann einzutreten haben, wenn etwa aus dem Versicherungsantrage mit Sicherheit zu entnehmen wäre, dass mit dem Ausdrucke „Erben" nicht die Erben als solche, sondern gewisse nähere Verwandte bezeichnet werden sollten.

Im vorliegenden Fall waren gesetzliche Erben des Versicherungsnehmers in erster Linie dessen Kinder; hätten dieselben die Erbschaft angetreten, so hätten sie mit derselben auch die Versicherungssumme erworben. Dagegen haben dieselben in Wirklichkeit die Erbschaft ausgeschlagen; diese wurde darauf von ihrer Mutter, der Witwe des verstorbenen H. angetreten. Dieselbe hat als Erbin mit dem Nachlasse auch die Versicherungssumme erworben; letztere ist daher nicht an die Kläger zurückzuerstatten, sondern hat der Konkursmasse zu verbleiben. Es mag zum Schlusse bemerkt werden, dass derartige Fälle, wo nicht alle Erben die Erbschaft ausschlagen, sondern der eine oder andere, speziell ein naher Angehöriger, wie gerade die Ehefrau, sie annimmt, besonders geeignet sind, darzuthun, dass der Wille des Versicherungsnehmers keineswegs notwendig auf einen Vertrag zu Gunsten Dritter gerichtet zu sein braucht. In der That kann dieser Wille, wie speziell in casu ersichtlich ist, ebensowohl dahingehen, dass die Versicherungssumme demjenigen von mehreren zur Erbschaft Berufenen zufalle, welcher die Erbschaft wirklich antritt. (Entsch. vom 30. November 1894 i. S. Hünerwadel c. Hünerwadel.)

**50.** *Art. 229 und 17 O. R. 1. Kauf als Sicherungsgeschäft. 2. Inwiefern berechtigt das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung zur Anfechtung des Vertrages?*

1. Da der Sicherungszweck durch Eigentumsübertragung in Folge eines Kaufgeschäftes mindestens ebenso gut erreichbar ist, wie durch Pfandbestellung, so kann dieser Zweck nicht darauf hindeuten, dass von den Parteien statt des ersteren das letztere Mittel zu seiner Herbeiführung gewollt worden sei. Für die Frage, ob eine Simulation vorliege, kommt es einzig darauf an, ob die Parteien die Rechtsfolgen des einen oder andern Rechtsgeschäftes gewollt haben. War ihre Meinung die, dass der Erwerber Nutzen und Gefahr der zur Sicherung übergebenen Sachen haben, dass er mit der

Uebergabe für seine Leistung befriedigt sein sollte, so waren damit die Rechtsfolgen eines Kaufvertrages und nicht einer blossen Pfandbestellung gewollt, auch wenn der Zweck dieses Geschäftes lediglich in der Deckung desjenigen Kontrahenten bestand, der mit seiner Leistung vorausgegangen war.

2. Aus dem eidg. O. R. ist ein Anfechtungsgrund wegen auffälligen Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung nicht abzuleiten; dasselbe steht in dieser Beziehung auf dem Boden der unbeschränkten Vertragsfreiheit und kennt eine Vertragsanfechtung wegen laesio enormis nicht. Ob das Geschäft aber den Charakter eines wucherhaften trage und in wie weit ihm aus diesem Grunde der Rechtsschutz zu versagen sei, bestimmt sich nach kantonalem Recht; diesem bleibt die legislative Bekämpfung des Wuchers und damit auch die Normierung der civilrechtlichen Folgen wucherhafter Geschäfte vorbehalten. (Entsch. vom 15. Dezember 1894 i. S. Lawinsky c. Schnebeli.)

---

51. *Art. 229 und 124 O. . 1. Wesentliche Bestandteile des Kaufvertrags; Bestimmtheit resp. Bestimmbarkeit des Kaufpreises. 2. Schadenersatzanspruch des wegen Verzugs des Verkäufers zurücktretenden Käufers.*

1) Der Kaufpreis braucht nicht beim Abschluss des Kaufvertrages ziffermässig fest und bestimmt bekannt zu sein, sondern es genügt objektive Bestimmtheit, d. h. dass solche Vereinbarungen getroffen sind, dass danach der gewollte Preis objektiv, ohne neue Einigung der Parteien bestimmt werden kann.[1]) Beim Käsehandel genügt es daher, wenn als Kaufpreis der Durchschnittspreis von der einer gewissen Anzahl Käsereien in einem bestimmten Umkreise erzielten Preise bezeichnet wird.[2])

Die Bezeichnung des Erfüllungs- und des Ablieferungsortes der Kaufsache bildet keinen wesentlichen Bestandteil des Kaufvertrages.

2) Hat der Käufer nicht Erfüllung oder Schadenersatz verlangt, sondern ist gegen den säumigen Verkäufer nach Art. 122 O. R. vorgegangen, so kann er nur unter der Voraussetzung, dass er dem Verkäufer ein Verschulden nach-

---

[1]) Vgl. Revue IX Nr. 4.

[2]) Der Vertrag lautete: „Der Preis wird bestimmt durch den höchsten Durchschnittspreis von vier gleich grossen Molken 3 Stunden in der Umgegend von S.“

weist, Entschädigung verlangen. (Entscheid v. 14. Dezbr. 1894 i. S. Fischer & Cie c. Hänni.)

---

52. *Art. 246 und 247 O. R. Kauf. 1. Zeit der Mängelrüge bei in Originalverpackung weiterversandter Ware. Unverbindlichkeit des einseitigen Vermerks in der Faktura. 2. Begriff der absichtlichen Täuschung im Sinne des Art. 247 O. R.*

1) In dem nach Empfang der Ware erteilten Versprechen des Käufers, den Fakturabetrag durch Wechsel zahlen zu wollen, liegt eine Anerkennung der Kaufpreisforderung und damit die Genehmigung der Ware, soweit die Käufer die Beschaffenheit derselben damals gekannt haben oder hätten kennen sollen. Ohne Bedeutung für die Frage der Verspätung der Mängelrüge ist eine Bemerkung in der Faktura, Bemängelungen der Ware werden nur berücksichtigt, wenn sie unmittelbar nach Empfang der Ware erhoben werden. Denn solche einseitige Vermerke sind für den Käufer nicht verbindlich (Amtl. Sammlg. Bd. XVIII, S. 351, Erw. 5); dieser letztere ist vielmehr lediglich an die gesetzliche Rügefrist gebunden. Danach hat er die Beschaffenheit der empfangenen Ware zu prüfen, sobald dies nach dem üblichen Geschäftsgange thunlich ist, widrigenfalls dieselbe als genehmigt gilt. Bei Handelsartikeln, welche in Originalverpackung Gegenstand des Handels bilden, so dass der Käufer, welcher dieselben zum Weiterverkauf erworben hat, eine eingehende Prüfung der Ware beim Empfang derselben nicht vornehmen kann, ohne ihren Wert zu vermindern, kann als stillschweigend vereinbart gelten, dass der Käufer seine Mängelrüge auch dann noch rechtzeitig anbringe, wenn er eine Reklamation von seinem Abnehmer erhalten hat; nur hat er dem Verkäufer gegenüber dafür einzustehen, dass dieser Abnehmer in der Prüfung der Ware nicht säumig gewesen sei (s. Entsch. des R. O. H. G. Bd. XVII, S. 217).

2) Nach Art. 247 O. R. ist erforderlich, dass der Käufer durch den Verkäufer in einen Irrtum versetzt worden sei, der ihn hätte veranlassen können, von der sofortigen Untersuchung der Ware abzusehen. Der Verkäufer übersendet dem Käufer die Ware in der Voraussetzung, dass sie derselbe gemäss gesetzlicher Vorschrift, sobald thunlich, untersuche. In der Uebersendung nicht vertragsgemässer, oder nicht gleichmässiger Ware allein kann daher keine Täuschungshandlung erblickt werden. (Entsch. v. 14. Dezember 1894 i. S. Grüninger c. Granichstedten.)

---

53. *Art. 269 und 271 O. R. Kauf auf Besicht. 1. Verlängerung der vertragsmässigen Frist wegen Verschuldens des Verkäufers. Inwiefern hat der Verkäufer bei der Prüfung mitzuwirken? Unmöglichkeit der sachgemässen Prüfung während der vertragsmässigen Frist. 2. Gesuch um Fristverlängerung als Nichtgenehmigung der dem Käufer übergebenen Sache. 3. Unverbindlichkeit weiterer Aufforderungen des Verkäufers zur Erklärung. 4. Pflicht des Käufers zur sofortigen Rückgabe der Sache.*

1) Ist beim Kauf auf Besicht die Ware übergeben und vertragsmässig eine Frist zur Prüfung eingeräumt, die Prüfung aber durch Verschulden des Verkäufers innert dieser Frist versäumt worden, so hat der Käufer Anspruch auf entsprechende Verlängerung der Frist. Im übrigen ist es unerheblich, ob eine sachgemässe Prüfung innert der Frist habe stattfinden können. Auf die Mitwirkung des Verkäufers hat der Käufer nur insofern Anspruch, als dieselbe zugesagt worden ist.

2) Die dem Käufer übergebene Sache gilt als nicht genehmigt, sofern der Käufer innert der gesetzten Frist irgend eine Erklärung abgegeben hat, welche die Annahme der Genehmigung ausschliesst. Als solche erscheint z. B. das Gesuch um Fristverlängerung.

3) Ist die Annahme der Sache innert der gesetzten Frist abgelehnt worden, so ist das Stillschweigen des Käufers auf neue Aufforderungen des Verkäufers zur Erklärung bedeutungslos.

4) Hat der Käufer die Sache nicht genehmigt, so ist er zur sofortigen Rückgabe derselben an den Verkäufer pflichtig, widrigenfalls er in Verzug kommt und den hieraus dem Verkäufer entstehenden Schaden zu ersetzen hat.[1]) (Entsch. v. 15. Februar 1895 i. S. Mahler & Cie c. Girard.)

---

54. *Art. 308 O. R. Anspruch des Pächters auf Nachlass am Pachtzinse wegen ausserordentlicher Unglücksfälle.*

1) Hat der Pächter durch ausserordentliche Kälte oder Dürre einen beträchtlichen Abbruch am gewöhnlichen Ertrag erlitten, so kann er nach obiger Bestimmung einen verhältnismässigen Nachlass am Pachtzinse verlangen.

2) Diese Gesetzesbestimmung hat nicht den Sinn, dass der Pächter den erlittenen Schaden einfach am Pachtzinse

[1]) Vgl. v. Hahn, Kommentar zu Art. 339 des deutschen Handelsgesetzbuches.

abziehen kann. (Entsch. v. 23. November 1894 i. S. Renand c. Conu.)

---

55. *Art. 392 O. R. Provisionsanspruch des Privatmaklers.*
Hat Jemand, der sich gewerbsmässig mit solchen Geschäften befasst, den Auftrag erhalten, den Verkauf eines Hauses zu vermitteln, so steht ihm ein Anspruch auf Provision zu, sofern diejenige Person, mit welcher der Mandant den Kauf abschliesst, direkt oder indirekt durch ihn von der Verkäuflichkeit des Hauses Kenntnis erhalten hat, auch wenn der Beauftragte nicht selbst den Kaufabschluss vermittelt hat. Jedoch darf in solchen Fällen die Provision nicht so hoch bemessen werden, wie wenn er das Geschäft zu Ende geführt hätte. (Entsch. v. 29. Dezember 1894 in Sachen Fournaise c. Perrottet.)

---

56. *Art. 430 ff. O. R. Kommission. Haft des Kommissionärs. Oertlich anwendbares Recht.*

H. in W. sandte dem S. in St. Petersburg eine Partie Käse zum kommissionsweisen Verkauf. Da die Marktlage in Russland hiefür sehr ungünstig war, zog sich der Verkauf bedeutend hinaus. Auf die Bitte des H. machte ihm S. einen Vorschuss auf die Ware. Der Rest der letztern wurde erst später verkauft. Der Nettoerlös war derart, dass H. dem S. infolge des Vorschusses schuldig blieb. Da H. die S.'sche Verkaufsabrechnüng nicht anerkannte, sondern den empfangenen Vorschuss als Gegenwert der Konsignation betrachtet wissen wollte, klagte S. gegen H. auf Zahlung des Saldobetrages. H. verlangte Abweisung der Klage unter der Behauptung, S. habe den geringen Erlös für die streitige Konsignationsware durch sein Verschulden verursacht.

Ueber das zur Anwendung kommende örtliche Recht sprach sich das Bundesgericht folgendermassen aus:

Hinsichtlich der örtlichen Rechtsanwendung hat das Bundesgericht stets als leitendes Prinzip festgehalten, dass, insoweit es die der Regelung durch den Parteiwillen anheim gegebenen Wirkungen eines obligatorischen Rechtsgeschäfts anbelangt, dieselben nach demjenigen Landesrechte zu beurteilen sind, welches die Parteien beim Geschäftsabschlusse als massgebend entweder wirklich betrachteten, oder dessen Anwendung sie doch vernünftiger- und billigerweise erwarten

konnten und mussten.[1]) Hievon ausgegangen, kann es sich nur um die Anwendung des russischen Rechts handeln. Der Verkauf des Konsignationsgutes war in St. Petersburg zu vollziehen; daselbst befand sich der Wohnort des Schuldners. Vernünftiger- und billigerweise konnten daher die Parteien nichts anderes erwarten, als dass die Thätigkeit des Konsignatars beurteilt werde nach dem dort geltenden russischen Rechte; die dortigen Handelsusanzen sind (mit Recht) von der Vorinstanz für die Beurteilung seines Verhaltens massgebend erachtet worden; das Gleiche muss aber auch gelten bezüglich der anzuwendenden Rechtssätze. Sprechen alle diese Umstände für die Anwendbarkeit des russischen Rechts, so fehlt es umgekehrt an Anhaltspunkten dafür, dass die Parteien das schweizerische Recht für anwendbar konnten erachtet haben. Im Prozesse hat allerdings der Kläger ausschliesslich auf Bestimmungen des eidg. O. R. abgestellt, und der Beklagte hat sich über die Anwendbarkeit des Rechts nicht bestimmt ausgesprochen, sondern diesfalls blos bemerkt, es könne an russisches Recht gedacht werden; dasselbe sei ihm aber nicht bekannt. Selbst wenn übrigens die Parteien im Prozesse ausdrücklich sich dahin geeinigt hätten, dass ein bestimmtes Recht der Entscheidung zu Grunde zu legen sei, wäre der Richter hieran nicht unbedingt gebunden, indem er die Rechtsanwendung von Amtes wegen vorzunehmen hat; die Haltung der Parteien im Prozesse kann daher in dieser Frage nur insoweit Bedeutung haben, als dieselbe einen Schluss darauf gewährt, welches Recht sie beim Abschluss des Vertrages als das massgebende mochten erachtet haben. Ein derartiges Indiz ist jedoch im vorliegenden Falle in dem Verhalten der Parteien im Prozesse nicht zu erblicken. (Entsch. v. 28. November 1894 i. S. Huber c. Spiegel.)

---

57. *Art. 512 O. R. Begriff des Differenzgeschäftes. Stillschweigender Ausschluss der Lieferungs- und Annahmepflicht.*

Ein klagloses, reines Differenzgeschäft ist, wie das Bundesgericht in konstanter Praxis ausgesprochen hat, nur dann vorhanden, wenn die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend durch übereinstimmenden Vertragswillen Recht und Pflicht wirklicher Lieferung und Abnahme haben ausschliessen wollen; und zwar darf auf diesen Parteiwillen namentlich auch dann geschlossen werden, wenn zwischen der ökonomi-

[1]) Revue XII Nr. 70; XIII Nr. 1.

schen Lage eines Spekulanten und der Bedeutung der Börsengeschäfte desselben ein derartiges Missverhältnis besteht, dass der Spekulant an Uebernahme einer Pflicht zur Realerfüllung vernünftigerweise gar nicht denken konnte und dieses Missverhältnis seinem Mitkontrahenten bekannt war (s. Amtl. Sammlg. der bundesger. Entscheidungen, Bd. XVIII, S. 863 und XIX, S. 824 Erw. 4). Für die Annahme stillschweigender Vereinbarung dieses Inhalts hat die Vorinstanz eine Reihe von Momenten angeführt, insbesondere, dass die grössern Geschäfte meist Découvertkäufe waren, über deren Deckung spätere Verhandlungen zwischen den Parteien stattfanden, dass gleichzeitig für denselben Titel Ankaufs- und Verkaufsaufträge erteilt wurden, dass überhaupt nie eine Aufforderung weder zur Lieferung noch zur Abnahme von Titeln erfolgte, ferner, dass die Parteien übereingekommen waren, den auf dem Blancoverkaufe der Aktien der Gesellschaft für chemische Industrie entstandenen Verlust durch neue Spekulationen womöglich wieder einzubringen, dass Klägerin in der Folge Titelverkäufe für den Beklagten ausführte, ohne von demselben hiefür einen speziellen Auftrag zu haben, und Beklagter zu Zeiten nicht einmal gewusst habe, was für Titel den Gegenstand seiner Operationen bildeten, und endlich, dass die Klägerin die ökonomische Stellung des Beklagten, wonach derselbe zur effektiven Leistung unvermögend war, gekannt habe. Wenn auch einzelne der angeführten Momente für sich allein den Schluss, dass die Parteien übereingekommen seien, Recht und Pflicht bezüglich Annahme und Lieferung auszuschliessen, nicht zu rechtfertigen vermöchten, so ergiebt sich derselbe doch unabweislich aus dem Zusammentreffen aller miteinander, namentlich aber auch aus dem Umstand, dass die Klägerin gewusst hat, in welchem Missverhältnis die ökonomische Lage des Beklagten zu der Bedeutung seiner Spekulation stand.[1]) (Entsch. vom 8. Dezember 1894 i. S. Wechsel- und Effektenbank c. Zeender.)

58. *Markenschutz. Widerrechtliche mündliche Bezeichnung einer Ware mit dem von einem andern als Wortmarke gewählten Namen.*

Die widerrechtliche mündliche Benennung einer Ware mit dem von einem Produzenten für eine ähnliche Ware gewählten und als Bestandteil einer Marke deponierten

[1]) Revue XII Nr. 8; XI Nr. 36.

Phantasienamen enthält keine Verletzung des Markenrechts. (Entsch. vom 24. November 1894 i. S. Prodhom c. Frémiot.)

---

**59.** *Bundesgesetz betr. Schutz der gewerblichen Muster und Modelle vom 21. Dezember 1888. Begriff der Neuheit.*

In Anlehnung an die Doktrin und Praxis, wie sie sich auf Grund des dem erwähnten Bundesgesetz vorbildlichen deutschen Musterschutzgesetzes vom 11. Januar 1876 ausgebildet hat, ist vom Bundesgericht stets daran festgehalten worden, dass nicht jeder graphisch oder plastisch dargestellten Form eines gewerblichen Gegenstandes, die irgendwie von bereits Bekanntem abweicht, die Eigenschaft der Neuheit im Sinne des Bundesgesetzes zukomme, sondern dass dies nur dann der Fall sei, wenn die Form des Musters oder Modells originell, d. h. aus originaler Bethätigung des Urhebers entstanden ist. Die Neuschöpfung darf daher nicht derart unbedeutend sein, dass bei derselben von einer geistigen Thätigkeit des Urhebers in Hinsicht auf die Formbildung nicht mehr die Rede sein kann.[1]) (Entsch. v. 6. Februar 1895 i. S. Maggi c. Bohny.)

---

**60.** *Art. 288 und 291 des Bundesgesetzes betr. Schuldbetreibung und Konkurs. 1. Begriff der Benachteiligungsabsicht. 2. Weiterveräusserung des durch das anfechtbare Geschäft erworbenen Vermögensstückes durch den Anfechtungsgegner.*

1) Der Nachweis für die Absicht, die Gläubiger zu schädigen, muss als erbracht gelten, wenn diese Schädigung von dem Schuldner als die natürliche Folge der angefochtenen Rechtshandlung normaler Weise vorausgesehen werden musste; dass die angefochtene Rechtshandlung geradezu die Schädigung zum Zwecke gehabt habe, ist nicht erforderlich.

2) Nach Art. 291 des Schuldbetreibungsgesetzes ist, wer durch eine anfechtbare Rechtshandlung Vermögen des Schuldners erworben hat, zur Rückgabe desselben verpflichtet. Hat der Anfechtungsgegner das erworbene Vermögensobjekt wiederum veräussert und kann daher eine Zwangsvollstreckung auf Rückgabe gegen denselben nicht eintreten, so tritt an Stelle dieses Vermögensobjektes dessen Wert. Die Wirkung der Anfechtbarkeit der in fraudem creditoris vorgenommenen Rechtshandlung besteht in diesem Falle darin, dass der bös-

[1]) Revue XIII Nr. 24.

gläubige Anfechtungsgegner zum Ersatz dieses Wertes verpflichtet wird (vgl. Art. 207 O. R.), soweit dies zur Befriedigung des benachteiligten Gläubigers erforderlich ist. (Entsch. v. 9. November 1894 i. S. Leihkasse Rapperswyl c. Brack.)

---

**61.** *Art. 327 des Bundesgesetzes betr. Schuldbetreibung und Konkurs. Vorzugsrecht der bernischen Obligationen und Grundpfandgeschäfte. Wirkung der Uebernahme der Schuld durch einen Dritten.*

Das in obiger Gesetzesstelle gewissen Forderungen im Kanton Bern eingeräumte Vorzugsrecht besteht nicht nur gegenüber dem ursprünglichen Schuldner, welcher vor dem 1. Januar 1892 die Obligation ausgestellt oder in einem Grundpfandgeschäft Hab und Gut verschrieben hat, sondern auch gegenüber demjenigen, welchem die Schuld nach jenem Tage überbunden worden ist, und seinem ganzen Vermögen.[1]) (Entsch. v. 22. Februar 1895 i. S. Weber c. Courvoisier.)

---

## B. Entscheide kantonaler Gerichte.

---

**62.** *Kauf. Kaufpreisanspruch gegenüber der Ehefrau des insolventen Käufers. Angebliche Stellvertretung. Art. 37 O. R. Irrtum. Art. 21 ff. O. R. Ungerechtfertigte Bereicherung. Art. 70 ff. O. R. Unerlaubte Handlung. Art. 50 ff. O. R.*

**Zürich**. Urteil der Appellationskammer vom 27. Oktober 1894 i. S. Schwank c. Weber.

Der im Kanton Thurgau wohnhafte S. lieferte dem A. W., der in Zürich mit seiner Ehefrau ein Restaurant betrieb, seit dem Herbst 1881 Wein.

Nachdem die Eheleute W. dieses Restaurant aufgegeben hatten, erwarb die Ehefrau des W. im April 1893 das Haus „zum Konsum“ zu Eigentum und führte daselbst mit einem

---

[1]) Das bernische Recht knüpft an die Ueberbindung solcher Forderungen die Wirkung, dass das Vorzugsrecht nun auch am ganzen Vermögen des neuen Schuldners entsteht, ohne dass jedoch der ursprüngliche Schuldner entlassen wird.

auf ihren Namen lautenden Patent eine Wirtschaft. Seit diesem Zeitpunkte bezog W. von S. wieder verschiedene Lieferungen, die jeweilen an „Herrn W. zum Konsum“ adressiert und fakturiert wurden.

Als W. seinen Zahlungspflichten nicht nachkam, belangte S. die Frau W. für sein Guthaben, indem er u. A. geltend machte, die Lieferungen seien jeweilen von der Beklagten bezw. von W. in Anwesenheit der erstern bestellt worden; er habe, ohne zu wissen, wer von beiden die Wirtschaft betreibe, lediglich an den Inhaber der letztern liefern wollen.

Die Beklagte brachte vor, sie habe den Wein weder bestellt, noch sei derselbe ihr geliefert worden. Bezüger des Weines sei ihr Mann, der einen kleinen Weinhandel betrieben und den bezogenen Wein in demselben verwendet habe, mit Ausnahme eines Fässchens Sauser, den ihr Ehemann ihr abgetreten habe und der in der Wirtschaft verwendet worden sei.

Der Kläger nahm eventuell den Standpunkt ein, die Beklagte hafte aus ungerechtfertigter Bereicherung, eventuell aus Delikt, weil sie den bei ihm vorhandenen Irrtum über die Person des Inhabers der Wirtschaft benutzt habe, sich auf Kredit Wein liefern zu lassen.

Die zweite Instanz trat diesem letztern Standpunkte grundsätzlich bei und ordnete über die vorgebrachten, jedoch bestrittenen Thatsachen ein Beweisverfahren an.

Motive: 1. Der Argumentation, die Beklagte sei aus dem Kaufe deshalb haftbar, weil anzunehmen sei, der Kläger habe an die Wirtschaft „zum Konsum“ resp. der diese Wirtschaft führenden Person liefern wollen, kann nicht beigetreten werden. Denn wie in einem frühern Falle (H. E. IX 173) zutreffend ausgeführt ist, kann eine derartige Behauptung nur dahin verstanden werden, die Annahme des Lieferanten, sein Mitkontrahent sei der Wirt, habe für ihn das Motiv zum Vertragsabschlusse gebildet, während dieser Umstand als Irrtum im Beweggrund oder als ein solcher über eine für die Zahlungsfähigkeit des Mitkontrahenten erhebliche Thatsache kein Hindernis für das Zustandekommen des Vertrages gewesen ist (Art. 21 O. R., vgl. auch H. E. IV 377 und VII 122).

2. Ebensowenig kann dem Standpunkt der ungerechtfertigten Bereicherung beigetreten werden, weil — wie in H. E. IX 377 ff. ausgeführt ist, — die Beklagte, wenn sie wirklich den gekauften Wein oder einen Teil desselben erhalten und verwendet hat, denselben nicht aus dem Vermögen des Klägers, sondern aus demjenigen ihres Ehemannes erhalten hat und nur diesem gegenüber verpflichtet ist.

3. Dagegen kann der Standpunkt der unerlaubten Handlung und einer darauf basierenden Schadenersatzforderung gegen die Beklagte nicht ohne weiteres verworfen werden.

Ein Verfahren, darin bestehend, dass eine Ehefrau ein Geschäft, um dasselbe vor Forderungen gegen ihren insolventen Ehemann zu schützen, auf ihren eigenen Namen betreibt, dann aber bei dem Abschlusse von im Interesse dieses Geschäftes seitens des Ehemannes persönlich eingegangenen Verpflichtungen den wahren Sachverhalt absichtlich verheimlicht, den Gegenwert dieser Verpflichtungen für ihr Geschäft verwendet, um dann, wenn es an die Erfüllung dieser Verbindlichkeiten geht, diese auf ihren Ehemann abzuwälzen, ist entschieden als ein doloses, und daher als eine unerlaubte Handlung im Sinne des Art. 50 O. R. zu betrachten.

(Schweiz.. Blätter f. h.-r. Entsch. XIV 21.)

---

**63.** *Haftbarkeit des Ehemannes für Schulden seiner Ehefrau, die Handelsfrau ist. Verhältnis von kantonalem und eidgenössischem Rechte. Art. 35 O. R. und bünd. P. R. §§ 40, 44.*

**Graubünden.** Urteil des Kantonsgerichts vom 23. November 1894 in S. Schweiz. Wechsel- und Effektenbank in Basel c. Zürrer'sche Verlassenschaft in Arosa.

Eine der Teilhaberinnen der im schweizerischen Handelsregister vom Januar 1885 bis März 1891 eingetragen gewesenen Kollektivgesellschaft „Geschwister Hug," die ihren Sitz in Basel hatte, war die M. E. Hug, vom Dezember 1889 bis Anfangs 1892 verehelichte Zürrer. J. J. Zürrer von Hausen (Kts. Zürich), der Ehemann der genannten M. E. Hug, hatte zur Zeit seiner Verehelichung seinen Wohnsitz in Arosa (Graubünden), den er bis zu seinem Anfangs 1892 erfolgten Tode nicht an einen andern Ort verlegt hat, sodass Arosa der Ort der Eröffnung über seine Verlassenschaft ist, die nach § 483 des bündnerischen P. R. eine juristische Person bildet. In Abänderung des erstinstanzlichen Urteils hat das Kantonsgericht von Graubünden, mit Urteil vom 23. November 1894, die Zürrer'sche Verlassenschaft pflichtig erklärt, eine Schuldforderung von Fr. 20,000. —, nebst Zinsen, welche die Kollektivgesellschaft Geschwister Hug im Jahre 1890 dem August Hug gegenüber eingegangen hat und welche rechtsgiltig an die Schweizerische Wechsel- und Effektenbank in Basel übertragen worden ist, letzterer zu bezahlen aus folgenden

Motiven: Art. 35 O. R. kennt eine Haftung des Ehemannes für die von seiner Handel treibenden Frau als solcher übernommenen Verpflichtungen nur in den Fällen, wo nach kantonalem Rechte das Vermögen der Ehefrau in dasjenige des Mannes übergeht oder wo Gütergemeinschaft besteht. Diesbezüglich ist vorausgehend festzustellen, dass das bünd. P. R. das eheliche Güterrecht nach dem System der Güterverbindung normiert. Es könnte deshalb in concreto nach Art. 35 O. R. diese Haftung des Ehemannes allerdings nicht ausgesprochen werden, wenn eine weitergehende Verpflichtung desselben im Sinne von Abs. 3 desselben Artikels auf Grund des bünd. P. R. nicht bestünde.

Nach Massgabe von § 44 des bünd. P. R. ist der Ehemann einer mit dessen Vorwissen Handel treibenden Frau schuldig, die aus Berufsgeschäften derselben entstehenden Verbindlichkeiten anzuerkennen und hiefür auf Grund von § 40 des Gesetzbuches persönlich solidarisch zu haften. Es kann sich demnach nur um die Frage handeln, ob diese Gesetzesbestimmungen auch nach Inkrafttreten des schweiz. O. R. und der kantonalen Einführungsverordnung Gesetzeskraft besitzen. Es unterliegt keinem Zweifel, dass das kantonale Privatrecht, sofern es nicht durch O. R. ausdrücklich [1]) aufgehoben worden ist, in voller Rechtskraft fortbesteht, ohne dass durch eine Novelle eine weitergehende Haftung statuiert werden müsste, und es ist lediglich Sache des Richters festzustellen, welche Rechtsverhältnisse nach der Bundes-, und welche nach der kantonalen Gesetzgebung beurteilt werden sollen.

Auch die kantonale Einführungsverordnung (Abschnitt III über die rechtlichen Wirkungen der Ehe) steht mit dieser Auffassung nicht im Widerspruch, da sie nur den Zweck verfolgt, § 44 bünd. P. R. mit dem Art. 35 O. R. in Einklang zu bringen. Abs. 3 dieser Gesetzesstelle lässt der kantonalen Gesetzgebung, wie schon oben ausgeführt, mit Bezug auf eine weitergehende Haftung des Ehemannes freien Spielraum. Da nun das bünd. P. R. eine solche weitergehende Haftung in der That kennt und dieselbe keineswegs aufgehoben ist, so muss daraus gefolgert werden, dass der Ehemann für die Verpflichtungen seiner Handel treibenden Frau voll und ganz [2]) aufzukommen habe.

---

[1]) Dieser Ausdruck dürfte nicht vollständig zutreffend sein.

[2]) Nach O. R. 34, 35 haftet die Ehefrau, die Handels- und Gewerbefrau ist, nur für die Geschäfte, die zum regelmässigen Betriebe ihres Berufes oder

**64.** *Novation. Ist solche vorhanden bei Aufnahme einer Verlustscheinforderung in einen Kontokorrent und Anerkennung des letztern durch den Schuldner? Art. 142 f. O. R. Art. 265 Abs. 2 B.-Ges. über Schuldb. und K.*

**St. Gallen.** Urteil des Kantonsgerichts vom 5./6. Juli 1894.

A. ist im Konkurse des B. i. J. 1887 mit einer Forderung von Fr. 399 in Verlust gekommen und hat hiefür nach damaligem St. Gallischem Konkursgesetz einen Glückschein erhalten. Nachher hat A. den B. als Provisionsreisenden angestellt und ihn auch sonst für Geschäftsbesorgung in Anspruch genommen. Daraus und aus Darlehn und Wechselgeschäften standen die beiden seit 1889 im Kontokorrentverkehr. Der Mitte 1892 abgeschlossene erste Kontokorrentauszug des A. führte als ersten Posten das Guthaben von Fr. 399 laut Glückschein auf und schloss mit einem Saldo von Fr. 460. 20 zu Lasten des B.; dieser Saldo ist im nächsten Kontokorrentabschluss als Eingangsposten im Soll des B. vorgetragen u. s. w. Am 1. Januar 1894 schloss der Kontokorrent mit Fr. 834. 95 zu Lasten des B. ab und hiefür betrieb nun A. den B. Dieser bestritt die Glückscheinschuld von Fr. 399 in dem Sinne, dass dafür nicht betrieben werden dürfe, da er (B.) noch nicht zu neuem Vermögen gekommen sei. A. dagegen behauptete, durch die Aufnahme der Fr. 399 in den Kontokorrent und dessen Nichtbeanstandung Seitens B. habe dieser Posten seine Verlustscheinqualität verloren. Das Kantonsgericht hat den Beklagten bei seiner Zahlungsweigerung geschützt.

Motive: Eine stillschweigende Anerkennung des B., dass er diesen Betrag nicht bloss schuldig, sondern auch wie einen anderen Kontokorrentposten oder Saldo ohne Rücksicht auf neuen Vermögenserwerb jederzeit zu zahlen pflichtig sei, kann in der Nichtbeanstandung der ihm periodisch bestellten Kontokorrent-Abschlüsse nicht erblickt werden. Den Bestand der Schuld von Fr. 399 an und für sich konnte B. mit

---

Gewerbes gehören; das Kantonsgericht von Graubünden scheint anzunehmen, dass kraft Bündnerrecht der Ehemann für alle Geschäftsschulden seiner Ehefrau einzustehen habe. Eine so weit gehende Haftung statuiert dagegen O. R. nicht einmal da, wo das Vermögen der Ehefrau in dasjenige des Mannes übergeht oder wo Gütergemeinschaft besteht. Im vorliegenden Fall konnte schwerlich die Ansicht vertreten werden, dass das Eingehen der Schuldverpflichtung von Fr. 20,000. — zum „regelmässigen Betriebe“ der Kollektivgesellschaft Geschwister Hug, Handschuhgeschäft, Bonneterie und Maschinenstickerei, gehöre.

Fug nicht bestreiten und deren Aufnahme in sein Soll an und für sich nicht beanstanden. Zu seiner Einrede aus Art. 265 Abs. 2 B.-Ges. über Sch. und K., dass er nicht bezahlen müsse, so lange er nicht zu neuem Vermögen gelangt sei, hatte er gegenüber den bloss das Soll und Haben feststellenden Kontokorrent-Abschlüssen, in denen sein Passivsaldo je auf neue Rechnung vorgetragen wurde, und so lange er nicht um die Bezahlung seines Passivsaldo wirklich angegangen wurde, keine Veranlassung gehabt, zumal der Posten von Fr. 399 im ersten Rechnungsauszug ausdrücklich „laut Glückschein" bezeichnet war. Der Wille, nach Art. 142, 143 O. R., die Neuerung zu bewirken in dem Sinne, dass die alte Glückscheinschuld als solche untergehe und an deren Stelle eine sofort klagbare Kontokorrentschuld trete, geht aus dieser Hingabe und Annahme der Kontokorrent-Abschlüsse nicht hervor. Es kann daher Novation nicht angenommen werden. (Entscheidungen des Kantonsgerichts 1894, S. 41 ff.)

---

**65.** ***Kauf eines Warenlagers en bloc. Ausschluss der Mängelrüge. Art. 245 O. R.***

**Zürich.** Urteil des Handelsgerichtes vom 19. Oktober 1894 i. S. Engel c. Isler & Cie.

Die Gebrüder Engel, Inhaber einer Parquetteriefabrik in Wien, hielten in Zürich ein Lager in diesem Artikel, das sie aufzugeben beschlossen. Sie ersuchten daher die Beklagten, welche in Zürich ein Parquetteriegeschäft betreiben, „das Lager zu besichtigen und dafür eine annehmbare Proposition zu machen." Diese stellten in der That eine Offerte „für das ganze Lager, Alles I$^a$ und II$^a$ Qualität ineinander," wobei sie für die einzelnen Holzsorten (tannene, buchene Tafel etc.) bestimmte Einheitspreise bezeichneten und am Schlusse den Zusatz beifügten: „da sich dabei viele kleine Dimensionen und viele Resten befinden, können wir nicht höher gehen." Diese Offerte wurde von Gebrüder E. angenommen. Nachdem die Beklagten die Ware abgeführt und um Zahlung des Kaufpreises ersucht worden waren, verlangten sie Preisminderung, weil viele Stücke des gekauften Lagers total unbrauchbar seien, während sie in ihrer Offerte den Vorbehalt gemacht hätten, dass sämtliche Ware mindestens II$^a$ Qualität sei. Die Verkäufer machten dagegen u. A. geltend, Gegenstand des Kaufes sei das ganze Lager als solches gewesen und deshalb seien alle Mängelrügen und Preisabzüge ausge-

schlossen. Die Einreden der Käufer wurden verworfen und die Klage gutgeheissen.

Motive: 1. Der den Beklagten obliegende Beweis dafür, dass sie bei ihrer Kaufofferte die Bedingung gemacht haben, die Ware müsse I^a oder II^a Qualität sein, ist durch den Wortlaut der Offerte keineswegs geleistet, denn dieselbe lautet ausdrücklich auf „das ganze Lager" en bloc, während als selbstverständlich gelten darf, jedenfalls aber den Beklagten als Fachkundigen nicht entgehen konnte, dass ein älteres Lager in der Regel auch mehr oder weniger verdorbene Stücke enthält. Ferner zeigt auch der von den Beklagten ihrer Offerte beigefügte Zusatz, dass sie diesen mit der Uebernahme eines ganzen Lagers verbundenen Nachteil in ihre Berechnung eingeschlossen haben.

Sodann lag in der Einladung der Beklagten, auf Grund einer Besichtigung des Warenlagers „eine annehmbare Proposition zu machen," unverkennbar die Erklärung, dass das Lager tale quale verkauft, und dass für Mängel, welche bei einer ordentlichen, fachmännischen Untersuchung des Lagers wahrnehmbar sein werden, keine Nachwährschaft übernommen werde.

Es darf daher in der Korrespondenz in Verbindung mit den Umständen geradezu eine Wegbedingung der Haftung der Verkäufer für Mängel erblickt werden, welche bei fachmännischer Prüfung des Lagers erkennbar waren.

2. Es ist nun in keiner Weise dargethan, dass die von den Beklagten geltend gemachten Mängel bei einer fachmännischen Untersuchung, wie der Kauf eines Warenlagers en bloc sie ja überhaupt erheischt, nicht hätten entdeckt werden können. Die Einwendungen, dass eine ordentliche Prüfung wegen Ueberfüllung des Lokals und wegen der Retentionsansprüche des Eigentümers des letztern nicht habe vorgenommen werden können, dass eine solche ferner eine bedeutende Zeit in Anspruch genommen haben würde, erscheinen schon deshalb als haltlos, weil diese Thatsachen für die Beklagten nur ein Motiv hätten bilden können, um von einer Uebernahmsofferte Umgang zu nehmen oder dann in der That einen bestimmten Vorbehalt im Sinne des heute behaupteten zu machen.

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch. XIV S. 6.)

**66.** *Kaufvertrag. Verjährung der Schadenersatzklage wegen vertragswidriger, daher nicht angenommener Lieferung. Art. 257 O. R.*

**Schaffhausen.** Urteil des Obergerichts vom 23. November 1894.

Beklagter verkaufte dem Kläger ein Quantum Ware nach Muster mit bestimmtem Lieferungstermin. Infolge eines nicht vorhergesehenen Umstandes konnte Beklagter die Ware nicht vertragsgemäss liefern und bot dem Kläger dafür eine geringere Qualität zu reduziertem Preis an. Kläger nahm jedoch diese Offerte nicht an, sondern erhob Klage auf Schadenersatz wegen nicht gelieferter Ware, aber erst reichlich drei Jahre nach Ablauf des Lieferungstermins. Dagegen erhob der Beklagte die Verjährungseinrede, indem er die einjährige Verjährungsfrist des Art. 257 O. R. für sich in Anspruch nahm. Das Obergericht liess diese Einrede nicht zu und verurteilte den Beklagten zu einer nach freiem Ermessen bestimmten Ersatzsumme.

Motive: Der Art. 257 O. R. trifft in dieser Sache nicht zu; er spricht ganz deutlich von dem Fall, da der Käufer die Ware in Empfang genommen und den Mangel bei oder nach dem Empfang bemerkt hat. Da ist es natürlich, dass die Erhebung der Mängelrüge an eine besondere kürzere Frist gebunden ist, da sonst der Verkäufer unter Umständen ungebührlich hohen Schaden erleiden würde. Im vorliegenden Fall hat der Beklagte die verkaufte Ware nicht einmal zu liefern versucht, sondern vor Ablauf der Lieferfrist dem Käufer erklärt, er sei nicht im Stande, die Ware vertragsgemäss zu liefern. Dass er ihm eine geringere Ware zu niedrigerem Preis anbot, ist ganz gleichgültig. Kläger hatte Anspruch auf musterkonforme Ware und war zur Annahme einer andern nicht verpflichtet. Der Beklagte war demnach grundsätzlich ersatzpflichtig und diese Ersatzpflicht unterliegt der ordentlichen zehnjährigen Verjährung, welche zur Zeit der Klaganhebung nicht abgelaufen war.

(Amtsbericht des Obergerichts von 1894, S. 61.)

---

**67.** *Verzicht auf Pachtzinsnachlass, nicht ausgeschlossen durch Art. 308 O. R., der nur dispositives Recht enthält.*

a) **Bern.** Urteil des App.- und Kass.-Hofs vom 9. November 1894 i. S. Schmutz c. Liechti.

Der Pachtvertrag enthielt die Bestimmung: „Sollte der Pächter ein geringes Auskommen haben, sei es durch Hagel-

schlag oder grosse Trockenheit, so sind (vom Pachtzinse) Fr. 50 in Abrechnung zu bringen." Infolge der grossen Trockenheit des Sommers 1893 wollte der Pächter Fr. 1250 vom Pachtzinse (der per Jahr Fr. 2850 betrug) gemäss Art. 308 O. R. abziehen. Der Verpächter berief sich darauf, dass der Pachtvertrag massgebend sei. Das Gericht trat letzterer Ansicht bei. Aus der langen Motivierung ist hervorzuheben:

Das im O. R. kodifizierte gemeine schweizerische Vertragsrecht wird durch das Prinzip der Vertragsfreiheit beherrscht, das sich selbstverständlich auch auf die Nebenabreden bei Verträgen ausdehnt. Massgebend für die Frage nach dem Inhalte eines Vertrages oder einer Nebenabrede ist demnach in erster Linie immer der in rechtlich relevanter Weise erklärte Wille der Parteien, der in dieser Richtung im allgemeinen einzig durch die Vorschrift in Art. 17 O. R. beschränkt ist, dass Gegenstand des Vertrags nur eine Leistung sein kann, welche möglich und nicht widerrechtlich oder unsittlich ist. Allerdings stellt das Obligationenrecht über den Inhalt einzelner Verträge bestimmte Vorschriften auf, aber nicht in zwingender Weise, so dass die Parteien an diese Normierung gebunden wären; es wäre dies unverträglich nicht nur mit dem Prinzip der Freiheit der Parteien hinsichtlich des Vertragsinhalts, sondern auch mit dem dem Obligationenrecht zu Grunde liegenden Gedanken, dass die Zahl der Vertragsarten nicht eine beschränkte ist. Jene Bestimmungen sind blos als vermutlicher Vertragsinhalt anzusehen, der beim Fehlen abweichender Vereinbarungen zur Anerkennung gelangt . . . . . Die Dispositionsfreiheit der Parteien hinsichtlich des Vertragsinhalts findet im Allgemeinen in den Bestimmungen des O. R., die diesen subsidiär normieren, keine Schranke; eine solche bilden jene Bestimmungen regelmässig erst, wenn dies ausdrücklich gesagt ist (z. B. Art. 114, 115, 148, 247, 259). Dagegen ist die Bestimmung des Art. 308 nirgends in der Weise besonders qualifiziert, dass ihr die Natur einer zwingenden, der Dispositionsfreiheit der Parteien entrückten Norm beigemessen werden könnte.

---

b) **Fribourg.** Arrêt de la Cour d'appel du 18 septembre 1894 d. l. c. Bovet c. Gyzychi.

Au regard du texte même de l'art. 308 C. O., on constate que le législateur fédéral a lui-même prévu la possibilité d'une convention dérogative tacite à ces dispositions, lorsqu'il dit que „le preneur n'a pas droit à la remise s'il y

a lieu d'admettre que l'éventualité de semblables accidents a été prise en considération lors de la fixation du fermage," d'où il suit que les contractants sont en droit, de par la volonté du législateur, de renoncer à une réduction du prix du bail dans le cas de l'art. 308, même par un accord tacite.

Or, si la responsabilité résultant des accidents extraordinaires peut être tacitement mise à la charge du fermier, a fortiori peut-elle l'être par des dispositions expressément contenues dans l'acte de bail.

(Zeitschrift des Berner Jur. Ver. XXX S. 637 ff.)

Anmerkung der Redaktion. Diese Urteile sind bemerkenswert im Hinblick auf die Verhandlung des Nationalrates über die Motion Hochstrasser vom 12. Dezember 1893. Die Motion wollte den Art. 308 O. R. durch einen Zusatz des Inhalts ergänzen, dass die daherigen Bestimmungen durch Vertrag nicht abgeändert werden können. Sie wurde als unerheblich erklärt „in Betracht, dass Art. 308 den Sinn schon hat, dass eine entgegenstehende Uebereinkunft der Parteien ungültig ist." Die beiden obigen Urteile erörtern weitläufig den Wert dieser Auffassung. Vgl. auch J.-H. Mentha, „Encore l'article 308 du Code féd. des Obl." im Journ. des Trib. 1895 p. 1 ss.

---

**68.** *Inscription de la naissance d'un enfant, faite par celui qui s'en reconnaît le père naturel. Inobservation, par l'officier de l'état civil, des prescriptions du Guide pour les officiers de l'état-civil. Loi féd. conc. l'état civil du 24 déc. 1874, Art. 15, 18.*

**Genève.** Jugement de la Cour de justice civile du 3 novembre 1894 d. l. c. V. C. c. M.

L.-A. C. . . ., alors célibataire, a mis au monde, à Genève, le 7 septembre 18 . ., un enfant du sexe féminin. La déclaration de la naissance a été faite à l'état civil par un sieur J. M., Français d'origine, lequel s'est déclaré le père de l'enfant, celle-ci a donc été inscrite comme fille naturelle de J. M. et de L.-A. C. et la mère a apposé sa signature audessous de celle de J. M. — La demoiselle L.-A. C., qui est aujourd'hui mariée avec le sieur V., a introduit, tant contre J. M. que contre le procureur général, une demande en rectification de l'état civil de sa fille, concluant à ce que toute mention de la paternité de M. soit rayée de son acte de naissance et à ce qu'elle ne soit désignée, dans cet acte, que comme fille naturelle de L.-A. C., sans indication du père. Elle base sa demande 1) sur l'irregularité qui aurait été commise par l'officier d'état-civil en acceptant une dé-

claration de naissance de la part d'une autre personne que celles désignées à l'art. 15 de la loi fédérale sur l'état civil; 2) sur l'irrégularité de la reconnaissance faite par M. de sa paternité. Le sieur M., désigné comme étant sans domicile ni résidence connus, n'a pas comparu. Le Tribunal de 1re instance a débouté la dame V.-C. de sa demande et la Cour de justice a confirmé ce jugement.

Motifs: 1) L'art. 15 cit. énumère les personnes qui sont tenues de faire la déclaration d'une naissance, mais il n'en résulte nullement que la déclaration de naissance ne puisse être valablement faite par une autre personne que celle à qui la loi fait une obligation;

L'art. 18 de la même loi prévoit du reste expressément le cas où la reconnaissance d'un enfant naturel serait faite simultanément avec la déclaration de naissance par celui qui se reconnaît le père de l'enfant nouveau-né;

La circonstance que l'acte de naissance a été dressé sur les déclarations de J. M. ne saurait donc avoir pour conséquence d'en permettre la modification, alors surtout que les déclarations de J. M. ont été approuvées par la mère.

2) La reconnaissance faite par M. de sa paternité serait nulle, au dire de V.-C., parceque, M. étant étranger à la Suisse, l'officier d'état-civil aurait dû exiger de lui, lors de sa déclaration, la production d'un acte authentique fournissant la preuve irréfragable que sa reconnaissance serait admise, avec toutes ses conséquences, par son pays d'origine;

Pour soutenir cette thèse, l'appelante se base, non sur une disposition de la loi, mais sur celles du *Guide pour les officiers de l'état-civil de la Suisse,* publié par le département fédéral de l'intérieur en 1881. Le *Guide* (Nr. 87) prescrit aux officiers d'état-civil de refuser la reconnaissance d'un enfant naturel par un père étranger, alors que ce père ne fournit pas, par acte authentique, la preuve irréfragable que son pays d'origine autorise la reconnaissance, avec ses conséquences pour l'état-civil de l'enfant;

Une semblable prescription, d'ordre purement administratif, peut avoir été valablement faite, à titre d'instruction, aux officiers d'état-civil, par l'autorité à laquelle ils sont subordonnés, mais elle ne saurait lier les tribunaux, et l'inobservation, par l'officier d'état-civil, des instructions qu'il a reçues, ne saurait avoir pour conséquence l'irrégularité de l'acte dressé par lui, si cet acte est du reste conforme aux prescriptions légales, soit fédérales, soit cantonales, qui règlent la matière;

La demande de la dame V.-C. ne revêt, du reste, pas le caractère d'une simple demande en rectification de l'état civil, elle tend en réalité à faire prononcer que la jeune A.-M. n'est point née des oeuvres de celui qui, avec l'assentiment de sa mère, a jusqu'ici été légalement considéré comme son père; il s'agit, en réalité, de faire prononcer par voie détournée sur une question de filiation; or, une semblable demande ne peut être introduite devant les tribunaux genevois aux termes des art. 8 et 32 de la loi fédérale sur les rapports de droit civil du 25 juin 1891, alors qu'il s'agit de la filiation d'une personne qui, jusqu'à preuve du contraire, doit être considérée comme étant de nationalité française.

(La Semaine judiciaire 1895 p. 9 ss.)

---

**69.** *Unfallhaftpflicht. Entschädigungsberechtigte Hinterlassene. B.-Ges. v. 25. Juni 1881 Art. 6.*

**Graubünden.** Urteil des Kantonsgerichts vom 12. November 1894 i. S. Bandli und Jost c. Kanton Graubünden.

Der unverheiratete Strassenarbeiter Albonis aus Tessin war im Dienst des Kantons Graubünden verunglückt. Er hatte 600 Fr. jährlich verdient, jeweilen aber was er irgend erübrigen konnte, seinen Schwestern und Schwesterkindern zukommen lassen. Diese beanspruchten jetzt vom Kanton 2600 Fr. Letzterer wandte ein, dass das Tessiner Privatrecht eine Unterstützungspflicht unter Geschwistern nicht kenne, das Bündner Privatrecht nur ausnahmsweise unter den Voraussetzungen, dass die Berechtigten in dem Grade bedürftig seien, dass sie der öffentlichen Armenpflege anheimfallen und der Pflichtige vermögend sei. Das Kantonsgericht hat in Uebereinstimmung mit dem erstinstanzlichen Urteile die Kläger abgewiesen, da jene beiden Requisite fehlen, und da das kantonale Recht einzig massgebend ist für die Frage, ob Unterstützungspflicht besteht oder nicht, und das eidgenössische Recht eine Entschädigungspflicht nur kennt, soweit der Verunglückte unterstützungspflichtig ist.

---

**70.** *Action en changement d'état de collocation. Procédure accélérée. Compétence du président du tribunal. Art. 249 et 250 L. P. et F.*

**Vaud.** Jugement du Tribunal cantonal du 8 janvier 1895 d. l. c. Masse Pfister c. Office polytechnique.

L'Office polytechnique d'édition et de publicité, à Berne, a cité la masse en faillite de Th. Pfister, imprimeur à Lau-

sanne, devant le président du tribunal de ce district aux fins de faire prononcer par ce magistrat, conformément à la loi vaudoise du 16 mai 1891 concernant l'application de la loi fédérale sur la poursuite et la faillite, que l'instant est admis comme créancier en 5$^{me}$ classe pour 7500 fr. en vertu d'obligation et 17200 fr. à titre de dommages-intérêts pour inexécution de la convention du 22 janvier 1894. La masse a conclu reconventionnellement à ce que le demandeur est le débiteur de la défenderesse et doit lui faire paiement de la somme de 25000 fr. pour prix de *l'Indicateur* Pfister. A l'audience du Président l'Office polytechnique a conclu à ce que le magistrat nanti se déclare incompétent pour prononcer sur les conclusions reconventionnelles de la masse Pfister; il soutient que ces conclusions ne rentrent pas dans le cas prévu à l'art. 250 L. P., mais qu'elles constituent une réclamation séparée, soumise aux règles de la procédure ordinaire et non à celles de la procédure accélérée; ce parceque la défenderesse tend à faire prononcer qu'elle est propriétaire de *l'Indicateur* et qu'elle a droit au prix de cette publication, tandis que les conclusions du demandeur tendent, au contraire, à faire prononcer qu'il est créancier de 7500 fr. pour argent prêté et qu'il a droit à des dommages-intérêts pour inexécution de la convention.

Le Président du tribunal s'est déclaré incompétent et a motivé ce prononcé en substance comme suit: L'action prévue aux art. 249 et 250 L. P. est celle qui se rapporte au mérite de l'intervention; celle-ci détermine le champ du litige et ce n'est que le procès en changement de la réponse donnée par l'office des faillites à cette intervention qui est soumis à la procédure en la forme accélérée. La compétence accordée au Président du tribunal par l'art. 35 de la loi Vaudoise du 16 mai 1891 ne se rapporte donc qu'au procès en changement de réponse. Il n'appartient dès lors pas à la masse de soulever à propos du rejet d'une intervention par voie reconventionnelle toutes les questions litigieuses qui peuvent exister entre parties en cause. S'il en était autrement, on pourrait ainsi renverser tout le système des compétences. Dans l'espèce, les conclusions reconventionnelles de la masse P. ne sont pas nécessairement liées à la discussion des points de fait et de droit soulevés par l'intervention, car elles font naître un ordre de faits différent, à savoir à qui appartient *l'Indicateur* et quelle est la portée de la convention conclue avec Pfister.

La masse P. a recouru, pour fausse application des art. 249 et 250 L. P. et 35 de la loi Vaudoise du 16 mai

1891, contre ce jugement, et le Tribunal cantonal a admis le recours et dit que le Président du tribunal du district de Lausanne est compétent pour prononcer sur les conclusions reconventionnelles de la réponse, en même temps que sur le mérite de l'intervention.

Motifs: Considérant que le but que le législateur s'est proposé en introduisant la procédure accélérée, spécialement dans les cas prévus aux art. 249 et 250 L. P., a été de forcer le juge à instruire et à juger très rapidement les procès;

Qu'en matière de faillite, il est nécessaire que toutes les difficultés se rapportant à la liquidation soient tranchées dans le plus bref délai, puisque l'art. 270 L. P. statue que la faillite doit être liquidée dans le délai de six mois à partir de son ouverture;

Que dans un procès instruit en la forme accélérée, le juge, à teneur de l'art. 35 loi Vaudoise du 16 mai 1891, prononce si possible séance tenante et dans tous les cas dans le délai de deux mois depuis l'introduction de la cause.

Considérant que, ces principes une fois posés, il y a lieu de se demander si le Président du tribunal qui est compétent pour prononcer sur tout ce qui concerne la position de l'Office polytechnique vis-à-vis de la masse Pfister, l'est aussi pour statuer sur les moyens soulevés contre ce créancier par la dite masse.

Considérant que les conclusions reconventionnelles tendent au paiement de *l'Indicateur* Pfister par une certaine somme, et subsidiairement à l'allocation de la même somme à titre de dommages-intérêts;

Que ces conclusions ne changent pas la nature du procès, car elles sont la suite de celles de l'exploit par lesquelles l'Office polytechnique demande d'être colloqué en 5me classe pour les deux sommes de 7500 fr. et de 17200 fr.;

Que ces questions étant connexes et la question de compétence ne devant pas être examinée à la lumière des principes de la procédure ordinaire, mais à celle de la loi fédérale sur la poursuite et de la loi cantonale d'exécution, le même juge doit prononcer sur l'ensemble du litige.

(Journal des tribunaux XLIII [1895] p. 103 ss.)

Anmerkung der Redaktion. Wir drucken dieses Urteil nicht darum ab, weil uns die von den Parteien und beiden Instanzen einzig untersuchte Frage besonders interessant vorkommt, im Gegenteil scheint es uns geradezu selbstverständlich, dass die Widerklage von demselben Richter erledigt

werden musste, der für die Haupt-(Interventions-)Klage kompetent war. Wir drucken es ab, weil es zeigt, wie verkehrt es war, für die Klagen der Gläubiger gegen die Kollokation das beschleunigte Verfahren vorzuschreiben, zumal wenn dann das kantonale Einführungsgesetz (wie das der Waadt) dieses Verfahren dem Präsidenten als Einzelrichter anheimgiebt und Erledigung séance tenante oder mindestens in zwei Monaten fordert. Zu welchen Absurditäten das führen kann, zeigt vorliegender Prozess zur Evidenz. Solche Prozesse eignen sich meistens am allerwenigsten zu beschleunigtem Verfahren, die darin geltend gemachten Ansprüche sind ihrer Natur nach gar nicht von den im ordentlichen Verfahren durchgeführten verschieden (etwa auf blosse Provisionalmassregeln oder dgl. gerichtet), und sollten daher im ordentlichen Prozess verhandelt werden. Schnelle Rechtspflege ist ein schönes Ding, aber sie darf nicht auf Kosten sorgfältiger Untersuchung geschehen. Bei diesen Prozessen handelt es sich zudem oft um bedeutende Interessen, die nicht von einem Einzelrichter übers Knie abgebrochen werden sollen. Dass in unserm Falle der Einzelrichter über einen Wert von 25000 Fr. womöglich séance tenante entscheiden soll, ist eine Monstruosität, gegen die sich der gesunde Verstand des Gerichtspräsidenten von Lausanne mit Recht gebäumt hat. Dass die Unvernünftigkeit des Gesetzes ihn zu unzutreffenden Motiven genötigt hat, ist nicht seine Schuld.

---

**71.** ***Rechtsvorschlag in der Wechselbetreibung, auf Grund von Art. 182 Ziff. 4 B.-Ges. über Schuldbetreibung und Konkurs bewilligt gegenüber dem Indossatar eines nach Protest Mangels Zahlung indossierten Wechsels. Art. 734 Abs. 3, 811 O. R.***

**St. Gallen.** Entscheid des Kantonsgerichtspräsidenten als Rekursinstanz vom 29. Juni 1893.

A. hatte eine an seine eigene Ordre lautende Tratte, die nach Protest Mangels Zahlung auf dem Regresswege an ihn zurückgelangt war, mit Blancogiro versehen seinem Geschäftsfreund X. überlassen, um sie nicht selbst gegen den Acceptanten einklagen zu müssen. X. erhob gegen A. die Wechselbetreibung. — Vor dem Konkursrichter I. Instanz wurde A. mit seinem Gesuche um Bewilligung eines Rechtsvorschlags abgewiesen, von der Rekursinstanz erhielt er ihn dagegen nach Art. 182 Ziff. 4 cit. B.-Ges. zugebilligt mit folgender Begründung:

Der Wechsel ist schon vor dem Indossament, durch welches er an X. gelangte, Mangels Zahlung protestiert worden. Das hat nach Art. 734 Abs. 3 O. R. zur Folge, dass X. nur die Rechte seines Indossanten B. gegen den Acceptanten A. geltend machen kann; das will heissen, dass A. dem X. alle diejenigen Einreden entgegenstellen kann, die er dem B. als

seinem ersten Wechselnehmer gegenüber geltend machen könnte, wenn dieser die Wechselschuld selbst einklagen würde. Also nicht bloss alle Einreden aus Art. 182 Ziff. 1, 3 B.-Ges., sondern auch diejenigen, die dem Wechselschuldner sonst nur unmittelbar gegenüber dem jeweiligen Kläger persönlich zustehen (Art. 182 Ziff. 4 B.-Ges., Art. 811 O. R.), also auch die aus dem persönlichen Verkehr des Acceptanten A. mit seinem Wechselnehmer B. hergeleitete Einrede des Fehlens, bezw. des Nicht- oder Nichtmehrvorhandenseins des beim Trassieren und Acceptieren des Wechsels vereinbarten oder vorausgesetzten Verpflichtungsgrundes.

Aus der Korrespondenz zwischen A. und B. erhellt nun zur Genüge, dass die Acceptierung dieses Wechsels durch A. nicht eine selbständige, liquide und perfekte Wechseloperation, sondern nur ein Glied in einer längern Reihe gegenseitiger Wechselbegebungen gewesen ist, dass sich A. dabei mit seinem Accept nicht unbedingt zu Gunsten des B. zu verpflichten gedachte und auch bei B. dem Accepte damals eine solche Bedeutung nicht beigemessen wurde, dass vielmehr die richtige Erfüllung der beidseitigen Vertragsleistungen nach der Willensmeinung der Kontrahenten A. und B. auch die Voraussetzung für die Geltendmachung des wechselmässigen Anspruches gebildet hat. Art. 811 O. R.

(Entsch. des Kantonsger. St. Gallen 1893 S. 107 f.)

---

72. *Kompetenzstücke. Nichtanrechnung auf die bevorrechtete Hälfte des Frauenguts. Art. 92, 219 IV. Cl. und 224 B.-Ges. über Schuldb. und K.*

**St. Gallen.** Urteil des Kantonsgerichts vom 15. März 1894.

Im Konkurse des X. hat dessen Ehefrau den Kollokationsplan aus dem Grunde angefochten, weil ihr an die in IV. Klasse kollozierte Hälfte ihres Frauengutes alle von ihr in natura zurückgenommenen Mobilien u. dgl., auch diejenigen, die ihr bezw. ihrem Ehemanne als sog. Kompetenzstücke zur freien Verfügung überlassen werden mussten, in Anrechnung gebracht worden seien. Sie klagte auf Ausscheidung der Kompetenzstücke aus dem — an ihrer in IV. Klasse bevorrechteten Frauenguthälfte — in Abzug gebrachten Mobilienwertbetrage und wurde bei diesem Begehren vom Kantonsgericht geschützt.

In Erwägung: Die Frage, welche Fahrnisse als unpfändbar bezw. nach Art. 224 Bundesgesetz dem Gemeinschuldner für sich und die Familie als zum Haushalte unentbehrlich zur freien Verfügung zu überlassen waren, entzieht sich der Entscheidung des Kantonsgerichtes. Sie hätte vom Konkursamte in richtiger Weise gelöst und eventuell auf dem Wege der Beschwerde an die Aufsichtsbehörde gezogen werden sollen. Für das Kantonsgericht ist aber die von der ersten Instanz auf Grund der dort von der Konkursverwaltung abgegebenen Erklärung festgestellte Thatsache massgebend, dass in der Kollokation wirklich die im erstinstanzlichen Urteil speziell bezeichneten und vom Konkursamte als Kompetenzstücke anerkannten Gegenstände als in natura von der Ehefrau bezogen, mit dem Schatzungswerte in die in IV. Klasse bevorrechtete Frauenguthälfte eingerechnet worden sind, welche als Kompetenzstücke dem Gemeinschuldner selbst zur freien Verfügung überlassen werden müssen.

(Entscheidungen des Kantonsgerichts i. J. 1894, S. 25.)

---

73. *Action révocatoire contre la femme séparée de biens judiciairement, laquelle a reçu du mari à titre de paiement partiel de sa créance des objets mobiliers au préjudice des créanciers. Art. 287, 288 L. P. et F.*

**Genève.** Jugement de la Cour de justice civile du 26 janvier 1895 d. l. c. Faillite Suner c. dame Suner.

Par jugement régulièrement obtenu du Tribunal de Genève, le 13 décembre 1892, et exécuté par un acte de reprises passé devant notaire le 27 décembre 1892, dame Suner a été déclarée séparée de biens d'avec son mari. Aux termes de cet acte de reprises, le mari a remis à sa femme, a titre de paiement partiel de sa créance de 3000 fr. (pour dot), les meubles, objets mobiliers et machines de sa fabrique. Le 21 mai 1894, J. Suner a été déclaré en faillite et l'Office a été chargé de la liquidation. La dame Suner a revendiqué la propriété de ces divers objets que la masse a contestée l'acte de reprise étant nul à l'égard des créanciers de Suner comme ayant été fait en fraude de leurs droits, aux termes de l'art. 288 L. P. et F. Le tribunal de 1re instance a adjugé à dame Suner ses conclusions; son jugement se fonde sur les motifs, que la séparation de biens a été régulièrement obtenue, que les créanciers de Suner ne l'ont pas ignorée et ont été, au contraire, mis à même de s'opposer à toute sé-

paration faite en fraude de leurs droits, mais qu'ils n'ont pas usé de la faculté qui leur est conférée par la loi et ne sont pas intervenus dans l'instance dans laquelle l'acte de reprises à été passé. — La Cour de justice civile a réformé ce jugement et admis la vindication de dame Suner.

Motifs: Il est certain qu'au moment où Suner a donné à sa femme, à titre de paiement partiel, son mobilier, et a achevé de cette façon de se rendre insolvable, il avait de nombreux créanciers pour des sommes considérables et était en butte à de nombreuses poursuites;

Il est constant, également, que dame Suner était au courant de cette situation et que c'est même cette connaissance de l'état de déconfiture de son mari qui l'a amenée à demander sa séparation de biens; elle savait donc qu'en recevant en paiement la plus forte partie de l'actif de son mari, elle était favorisée au détriment des autres créanciers de celui-ci et qu'il en résulterait pour eux un préjudice certain;

C'est cette connaissance de la situation de son mari, et des conséquences dommageables pour ses créanciers de l'acte auquel il se livrait, qui constitue la connivence prévue à l'art. 288 de la L. P. et F., sans qu'il soit besoin de relever l'existence d'une véritable collusion frauduleuse;

Dès lors, quoique la séparation de biens des époux Suner ait été régulièrement poursuivie, prononcée et exécutée dans les délais de la loi par un acte de reprises régulier, et qu'elle soit inattaquable, le paiement en nature rentre néanmoins dans la catégorie des actes que l'art. 288 L. P. et F. déclare nuls, quelle que soit leur date, et doit être annulé.

(La Semaine judiciaire XVII [1895] p. 104 ss.)

## A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

74. *Art. 56 B.-Ges. betreffend Organisation der Bundesrechtspflege. Verzicht auf das Rechtsmittel der Berufung durch vorbehaltlose, freiwillige Zahlung der durch das kantonalgerichtliche Urteil ausgesprochenen Schuld.*

In einer freiwillig und vorbehaltlos geleisteten Zahlung muss eine Anerkennung der durch das Urteil ausgesprochenen Schuld erblickt werden; diese Anerkennung kann, nachdem sie einmal erfolgt ist, nicht mehr durch einseitigen Willensakt des Anerkennenden rückgängig gemacht werden. Eine nachträgliche Anfechtung wäre nur insoweit statthaft, als sich dieselbe auf einen der Anerkennung anhaftenden Willensmangel, wie Irrtum oder Furcht (Art. 18 u. ff. O. R.), stützen würde. Mit der erfolgten rechtsgültigen Anerkennung des Urteils ist aber selbstverständlich auch jede Möglichkeit, durch Einlegung eines Rechtsmittels eine Abänderung zu bewirken, ausgeschlossen. (Entsch. vom 29. März 1895 i. S. Schlegel c. Kilchmann.)

---

75. *Art. 50 f. O. R. Klagefundament bei Schadenersatzansprüchen aus ausserkontraktlicher Verschuldung.*

Nach Art. 50 O. R. besteht das Fundament einer Klage wegen ausserkontraktlicher Schadenszufügung in der Behauptung und dem Nachweis, dass der Schaden widerrechtlich, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, verursacht worden sei. Es ist daher rechtsirrtümlich, wenn der Kläger den Standpunkt eingenommen hat, dass ihm lediglich der Beweis der objektiven Rechtswidrigkeit, d. h. der Schädigung obliege, und dass eine gesetzliche Präsumtion für die Fahrlässigkeit bestehe, wonach die Beklagten, die bestreiten, fahrlässig gehandelt zu haben, hiefür beweispflichtig seien. Im Gegensatz zur Schadenshaftung wegen Nichterfüllung vertraglicher Pflichten, welche an sich schon durch das objektiv rechtswidrige Verhalten begründet wird und wobei dem Beklagten der Beweis seiner Schuldlosigkeit obliegt, besteht

nach gemeinem Rechte eine Haftung für ausserkontraktliche Schädigung nur bei subjektiver Rechtswidrigkeit des Thäters; seine Haftbarkeit ist vom Gesetze an eine doppelte Voraussetzung geknüpft, die Schädigung und ein damit im Kausalzusammenhang stehendes Verschulden desselben. Beide Voraussetzungen hat derjenige darzuthun, welcher diese Haftbarkeit behauptet. Die Klage erscheint daher nicht schon dadurch begründet, dass Beklagte, indem sie die Verletzung des Klägers herbeiführten, objektiv rechtswidrig gehandelt haben, vielmehr hängt ihre Gutheissung von dem weitern Nachweis ab, dass die Beklagten diese Verletzung schuldhaft, d. h. absichtlich oder fahrlässig, verursacht haben. Eine Fahrlässigkeit ist den Beklagten offenbar dann zur Last zu legen, wenn sie bei Vornahme ihrer Handlungen, sei es in Folge gesetzlicher Bestimmungen, sei es wegen der damit verbundenen Gefährdung, zu Sicherungsmassregeln verpflichtet waren und solche ausser Acht gelassen haben, und zwar hat in diesem Fall nicht etwa der Geschädigte zu beweisen, dass das zur Sicherung Erforderliche nicht angewendet worden sei, sondern der Schädiger, dass er seiner Pflicht genügt habe. (Entsch. vom 11. Mai 1895 i. S. Cadisch c. Wetten & Cons.)

---

**76.** *Art. 50, 92 f. O. R. Verhältnis des B.-Ges. betreffend Haftpflicht aus Fabrikbetrieb zum O. R. Verantwortlichkeit des Schädigers gegenüber dem Verletzten.*

Die Frage, ob der Schadenersatz aus Verletzungen beim Fabrikbetrieb durch die Spezialgesetzgebung erschöpfend behandelt und daher der Verletzte auf die hier gewährten Ansprüche beschränkt sei, oder ob daneben das gemeine Recht des Schadenersatzes für rechtswidrige Handlungen auf diesem Gebiete insoweit fortbestehe, dass der Verletzte nach durchgeführter Haftpflichtklage gegen den Unternehmer einen allfällig weitern, durch dieselbe nicht befriedigten Anspruch auf Grund des gemeinen Rechts gegen die dritten Verursacher seines Schadens, wie z. B. Aufseher, Leiter und andere Angestellte der Fabrik, erheben könne, ist im letztern Sinne zu beantworten. Nicht richtig erscheint die Ansicht, der blosse Angestellte einer Fabrik könne für den durch die Haftpflichtklage nicht gedeckten Betrag des Unfallschadens jedenfalls nur insoweit vom Verletzten direkt haftbar gemacht werden, als ersterem eine strafrechtlich verfolgbare Handlung zur Last fällt, weil sonst der Angestellte einer strengeren Haftbarkeit unterworfen

würde, als der Unternehmer selbst, wenn ihm das gleiche Verschulden zur Last fiele. Diese auffallende Konsequenz ist allerdings bei der ersten Auffassung unvermeidlich; allein daraus darf nicht gefolgert werden, dass der Gesetzgeber die gemeinrechtliche Haftung der Angestellten für ihr Verschulden bei Körperverletzungen beim Fabrikbetrieb habe modifizieren und auf die Regressklage des verurteilten Betriebsunternehmers und darüber hinaus auf die Fälle strafrechtlichen Verschuldens beschränken wollen. Es ist zu beachten, dass in der ausnahmsweisen Stellung des Unternehmers, wonach er über das in Art. 6 des Bundesgesetzes festgesetzte Maximum von 6000 Fr. hinaus nur für sein strafrechtlich verfolgbares Verschulden haftet, eine gewisse Ausgleichung für seine bis zu diesem Betrage bestehende strengere Haftung auch für den Zufall liegt. Dieser ausnahmsweisen, strengern Haftung sind die Angestellten nicht unterworfen, und es besteht daher für sie die Rechtfertigung, welche der teilweise milderen Haftung des Unternehmers zur Seite steht, nicht. (Entsch. vom 6. April 1895 i. S. Strähl c. Bovet.)

---

77. *Art. 76 O. R. Forderungen auf Herausgabe von Mündelgut; anwendbares Recht.*

Forderungen, welche sich darauf gründen, dass Jemand in seiner Stellung als väterlicher Vormund einer Person Vermögensbestandteile derselben in seinen Besitz bekommen habe, und dass er zur ungeschmälerten Herausgabe dieses Mündelgutes verpflichtet sei, beruhen nicht auf einem obligationenrechtlichen Rechtsgrund, sondern auf dem durch die elterliche Vormundschaft geschaffenen Rechtsverhältnis, also auf dem Familienrechte, und unterstehen demzufolge der kantonalen Gesetzgebung. (Entsch. vom 26. März 1895 i. S. Bohshard c. Ersparniskasse Olten.)

---

78. *Art. 97 O. R. Darlehen in ausländischer Münze; kann der im Verzug befindliche Schuldner dasselbe in gleicher Münze zurückzahlen?*

Ist ein bestimmter Kurs für die Rückzahlung eines in fremder Münze gegebenen Darlehens vertraglich nicht festgesetzt worden, so gilt für die Rückzahlung in der Landesmünze derjenige Wert der im Vertrage bestimmten Münzsorte, den diese zur Verfallzeit hatte (Art. 97 Abs. 2 O. R.).

Nach dieser Gesetzesstelle ist der Schuldner auch berechtigt, effektiv, d. h. in der betreffenden ausländischen

Münze, zu zahlen. Gemäss Artikel 97 O. R. hat der Schuldner zwar das Recht, aber nicht die Pflicht, in Landesmünze zu zahlen. Selbstverständlich schuldet er aber im einen wie im andern Falle den Wert zur Verfallzeit, und kann sich daher durch effektive Zahlung nur insoweit befreien, als er die Differenz zwischen dem Kurs zur Verfallzeit und dem zur Zeit der Zahlung bestehenden niedrigern Kurse durch Aufgeld ausgleicht. (Entsch. vom 5. April 1895 i. S. Küng c. Weber.)

---

**79.** *Art. 157 Abs. 1 O. R. Unterbrechung der Verjährung durch gerichtliche Parteihandlungen; Begriff dieser Handlungen.*

Die Frage, welche gerichtlichen Parteihandlungen nach Art. 157 Abs. 1 O. R. zur Unterbrechung der Verjährung geeignet seien, ist nicht auf Grund des kantonalen Prozessrechts, sondern auf Grund des eidgen. O. R. zu lösen. Das kantonale Prozessrecht wäre nur dann massgebend, wenn es sich um eine Prozessverjährung handeln würde, so dass die Anhebung eines neuen Rechtsstreites über denselben Thatbestand nicht ausgeschlossen wäre. Dies trifft aber nicht zu, es handelt sich vielmehr um eine Anspruchsverjährung, also nicht um ein prozessrechtliches, sondern civilrechtliches Verhältnis, und zwar ein solches, das ausschliesslich vom eidg. O. R. beherrscht wird; denn das eidg. O. R. regelt die Verjährung, bezw. deren Unterbrechung speziell auch für die Zeit, während welcher der betreffende Anspruch im Prozesse liegt, und zwar einheitlich, so dass für die Frage, welche Prozesshandlungen zur Unterbrechung derselben geeignet seien, unmöglich auf die besondere Gestaltung des Rechtsganges in den einzelnen kantonalen Prozessrechten abgestellt werden kann, sondern die Lösung einzig durch Interpretation des Bundesgesetzes erfolgen muss. Art. 157 al. 1 O. R. erklärt nun aber schlechthin jede gerichtliche Handlung der Parteien und jede Verfügung oder Entscheidung des Richters als zur Unterbrechung der Verjährung geeignet; der Wortlaut dieser Bestimmung verlangt somit, dass die genannten Begriffe im weitern Sinne genommen werden, und es entspricht denn auch allein dem Gesetzeswillen, dass durch alle gerichtlichen Akte des Richters oder der Parteien, die auf die Erledigung des Rechtsstreites Bezug haben, die Verjährung des fraglichen Anspruches unterbrochen wird. Insbesondere kann es nicht angehen, zwischen den auf die Hauptsache bezüglichen und den auf die richterliche Thätigkeit im

Allgemeinen bezüglichen Akten zu unterscheiden; denn der Partei muss die Möglichkeit unbeschränkt gewahrt bleiben, die Verjährung ihrer Ansprüche zu verhindern; diese Möglichkeit wäre aber genommen, wenn der Richter während eines zur Verjährung hinreichenden Zeitraums die Sache liegen liesse, der gegen die Verschleppung erhobenen Beschwerde aber die Wirkung der Unterbrechung deswegen versagt werden müsste, weil diese gerichtliche Handlung sich nicht auf die Sache selbst, sondern auf die Amtsführung des Richters beziehe. Allerdings muss eine gerichtliche Handlung, um zur Unterbrechung der Verjährung geeignet zu sein, mit dem Gegenstand des Rechtsstreites und dessen Erledigung in einem innern Zusammenhang stehen, weshalb z. B. die Verhängung einer Ordnungsbusse und ein darauf gegründetes Beschwerdeverfahren nicht unter Art. 157 Abs. 1 zu rechnen wäre. (Entsch. vom 30. März 1895 i. S. Singer c. Furrer.)

---

80. *Art. 229 f. O. R. 1. Oertliche Anwendung des Rechtes beim Kaufvertrag. 2. Wesentliche Erfordernisse des Kaufvertrags; Bestimmbarkeit von Sache und Preis.*

C. & M., welche in Monza eine Hutfabrik betrieben, verpflichteten sich gegenüber der Firma W. in Kriens, derselben den Alleinverkauf ihres Fabrikats für die Schweiz zu gewähren mit der Bestimmung, dass die Ware auf der Station Monza zu übergeben sei. W. hatte Bürgen für die Geschäfte zu stellen für die Summe von 10,000 Fr., wofür C. & M. ihm den ausschliesslichen Verkauf auf die Zeit von drei Jahren gewährten. Zwischen den Parteien entstand nachher Prozess, indem C. & M. die Bestellungen des W., angeblich wegen Zahlungsverzug desselben, nicht mehr ausführten. Der Begründung des bundesgerichtlichen Urteils entnehmen wir Folgendes:

1. Die Kompetenz des Bundesgerichtes zur Entscheidung der vorwürfigen Rechtsstreitigkeit hängt davon ab, ob die Entscheidung nach schweizerischem oder nach italienischem Rechte zu treffen sei. Diesfalls ist zu bemerken: Gegenstand des Streites bildet die Frage der Erfüllung bezw. Nichterfüllung des Vertrages vom 6. August 1886, und zwar handelt es sich dabei nur darum, ob Kläger den Vertrag erfüllt habe oder nicht, und welche Folgen sich in letzterm Fall an die Nichterfüllung knüpfen. Der Beurteilung unterstehen somit die der Regelung durch den Parteiwillen anheimgegebenen Wirkungen eines obligatorischen Rechtsgeschäftes, und für

diese muss, wie das Bundesgericht wiederholt ausgesprochen hat, dasjenige örtliche Recht zur Anwendung kommen, welches von den Parteien als hiefür massgebend betrachtet worden ist, oder doch von ihnen vernünftiger und billiger Weise als massgebend erachtet werden musste (s. b.-g. Entsch. Bd. XVI, S. 795, Erw. 3, XIX, S. 76 Erw. 3). Fragt sich nun, welches dieses örtliche Recht sei, so enthalten die Akten keinerlei Aeusserungen des wirklichen Parteiwillens, dagegen folgt aus der Natur des unter den Parteien begründeten Rechtsverhältnisses dessen Unterstellung unter das schweizerische Recht. Richtig ist zwar, dass der Erfüllungsort für den Kläger in Monza (Italien) war, allein dieser Umstand kann im vorliegenden Falle nicht entscheidend ins Gewicht fallen, und zwar schon deshalb nicht, weil es sich hier nicht um ein einfaches Kaufgeschäft handelt; der ökonomische Erfolg des unter den Parteien abgeschlossenen Vertrages sollte sich nicht auf die Erwerbung der klägerischen Fabrikate durch die Beklagten beschränken, er sollte hauptsächlich auch in der Einführung dieses Handelsartikels in der Schweiz bestehen, und es entspricht der Natur eines derartigen Vertrages, dass derselbe nach dem Rechte des Ortes beurteilt werde, wo die auf diesen Hauptzweck gerichtete Thätigkeit zu geschehen hat. Hienach muss aber das am Sitze des beklagtischen Geschäftes geltende, also das schweizerische Recht für die Beurteilung des vorliegenden Rechtsverhältnisses als massgebend erachtet werden.

2. Zur Perfektion eines Kaufvertrages ist die absolute Bestimmtheit weder des Preises, noch der Leistung des Verkäufers nötig, sondern es genügt, wenn der Gegenstand des Vertrages objektiv bestimmbar ist (s. b.-g. Entsch. Bd XVI, S. 589 Erw. 3). Der Kaufpreis kann bestimmt sein durch den Hinweis auf die Faktoren der Mustersendungen, und der Umfang der auszuführenden Bestellungen einerseits durch die Vereinbarung, dass der Verkäufer dem Käufer für seinen Bedarf zu liefern habe, und andrerseits durch die Höhe der vom Käufer gelieferten Kaution, indem der Verkäufer jedenfalls verpflichtet erscheint, Lieferungen innerhalb des Betrages dieser Kaution zu effektuieren. (Entsch. vom 19. April 1895 i. S. Carozzi c. Wenger.)

---

81. *Art. 46, 47, 122, 229, 350 u. 369 O. R. 1. Oertliche Anwendung des Rechts. 2. Kaufvertrag oder Werkvertrag? Unterscheidungsmomente. 3. Zur Interpretation von Art. 369.*

*4. Beweislast bei Behauptung einer Resolutivbedingung. 5. Geschäftsabschluss durch Stellvertreter, Vorbehalt der Genehmigung des Vertretenen; Rechte des andern Teils.*

1. Die Frage, ob ein Rechtsgeschäft überhaupt als ein unbedingtes, die Parteien verpflichtendes, zustande gekommen sei, beurteilt sich nach dem Rechte desjenigen Ortes, wo die Thatsachen, aus welchen der Abschluss des Vertrages folgen soll, sich ereignet haben.

2. Das O. R. weicht vom gemeinen Recht in der Begriffsbestimmung des Werkvertrages und dessen Abgrenzung vom Kaufe ab. Nach Art. 350 O. R. ist jeder Vertrag, wodurch Jemand sich gegen Vergütung zur Fertigstellung eines Werkes, eines körperlichen Arbeitsprodukts, verpflichtet, ein Werkvertrag und ist es dem Werkvertrag nicht, wie nach gemeinem Recht, wesentlich, dass der Besteller den Stoff liefere. Vielmehr ist nach dem O. R. ein Vertrag über Fertigstellung eines Werkes auch dann ein Werkvertrag, wenn der Unternehmer das Werk aus seinem eigenen Stoff herstellen soll, also gleichzeitig auch Veräusserer ist. Allein nichtsdestoweniger ist auch nach schweiz. O. R. nicht jeder Vertrag über Lieferung einer zukünftigen, erst anzufertigenden Sache gegen Vergütung ein Werkvertrag, vielmehr ist auch ein Kauf einer zukünftigen, erst anzufertigenden Sache möglich. Das unterscheidende Merkmal zwischen Kauf und Werkvertrag wird darin zu suchen sein: Der Kaufvertrag ist Umsatzvertrag, der Werkvertrag Arbeitsvertrag. Kauf ist daher anzunehmen, wenn einfach über Lieferung einer fertigen Sache kontrahiert ist, Werkvertrag dann, wenn die Herstellung eines Werkes, die Arbeit, den Vertragsinhalt bildet. Ein Vertrag ersterer Art wird auch dadurch nicht zum Werkvertrag, dass vorausgesetztermassen der Empfänger der Bestellung die bestellte Sache erst anfertigen oder anfertigen lassen wird. Als Werkvertrag qualifiziert er sich erst dann, wenn das Anfertigen oder Anfertigenlassen geradezu den Vertragsinhalt, den Inhalt der Verpflichtungen des Bestellungsempfängers bildet. Werkvertrag wird daher thatsächlich in derartigen Fällen meist nur dann vorliegen, wenn es sich um ein irgendwie eigenartiges, individuell gestaltetes Produkt handelt, nicht aber dann, wenn über eine vertretbare Sache, über Dutzendware, kontrahiert ist. Danach liegt Kauf-, nicht Werkvertrag vor, wenn es dem Besteller einfach darauf ankommt, musterkonforme Ware[1]) zu erhalten.

---

[1]) In casu Kleiderstoffe.

3. Art. 369 O. R. gestattet allerdings dem Besteller, so lange das Werk unvollendet ist, gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers vom Vertrag zurückzutreten; allein er gestattet dies eben nur unter diesen gesetzlichen Voraussetzungen.

4. Für die Behauptung, ein Kauf sei unter einer Resolutivbedingung, d. h. dem Vorbehalt abgeschlossen worden, denselben noch später rückgängig zu machen, sofern die Ausführung des ersten Auftrages die Beklagten nicht befriedigt haben würde, liegt der Beweis derjenigen Partei ob, welche sie aufgestellt hat.

5. Art. 122 beschäftigt sich nur mit den Folgen des Erfüllungsverzuges bei zweiseitigen Verträgen. Hat Jemand einen Vertrag als Stellvertreter abgeschlossen und dabei den Mangel seiner Vollmacht zu definitivem Abschluss ausdrücklich hervorgehoben und deshalb nicht schlechthin, unbedingt, sondern unter Ratifikationsvorbehalt seines Prinzipals, insofern also unter einer Bedingung kontrahiert, so treten nur die Folgen des Art. 46 und 47 O. R. ein, d. h. der Vertretene ist durch den Vertrag erst dann berechtigt oder verpflichtet, wenn er denselben genehmigt; der Gegenkontrahent dagegen wird sofort gebunden; es steht ihm nur das Recht zu, von dem Vertretenen innerhalb einer angemessenen Frist eine Erklärung über die Genehmigung zu verlangen, mit der Folge, dass er aufhören würde gebunden zu sein, wenn der Vertretene nicht binnen dieser Frist die Genehmigung erklärte. (Entsch. vom 15. Februar 1895 i. S. Diebold & Sohn c. Schulze & Cie.)

---

82. *Art 259 O. R. Wandlungsklage; Beweislast bei behauptetem Kauf nach Muster.*

Wird die Wandlungsklage darauf gestützt, dass die gelieferte Ware die zugesicherten Eigenschaften nicht besitze, indem der Kauf nach Muster ergangen sei, und diese Gewährspflicht bestritten, weil die Ware gekauft, wie sie vom Käufer besichtigt worden sei, so ist es Sache des Klägers, zu beweisen, dass die Gewährspflicht auf Musterkonformität bestehe. (Entsch. vom 10. März 1895 i. S. O. Bär & Cie c. F. Schubarth & Bodenheimer.)

---

83. *Art. 277, 122 f. O. R. 1. Gewährleistungspflicht des Vermieters; Besichtigung der Mietsache vor Abschluss des Mietvertrages; Wirkung. Gerichtliche Aufforderung des Mieters an den Vermieter*

*zur Instandstellung einer vermieteten Wohnung durch eine unzuständige Behörde; Bedeutung. 2. Recht des Mieters wegen Mängel der Mietsache.*

1. Zur Uebergabe des Mietobjekts genügt, wenn dasselbe dem Mieter zum Einzug bereit gehalten wird. Mit der Uebergabe des Mietobjektes ist jedoch die vertragliche Verpflichtung des Vermieters nicht erschöpft, es genügt nicht, dass die Mietsache überhaupt übergeben werde, sondern sie muss in einem zum vertragsmässigen Gebrauche geeigneten Zustande übergeben werden; geschieht dies nicht und schliesst der Zustand, in welchem die Sache übergeben wird, den vertragsmässigen Gebrauch aus, oder schmälert er denselben in erheblicher Weise, so ist der Mieter berechtigt, nach Massgabe der Art. 122 bis 125 O.R. vom Vertrage zurückzutreten (Art. 277 O. R. Abs. 1), unbeschadet seiner Schadenersatzansprüche für den Fall des Verschuldens des Vermieters. Hat freilich der Mieter die Sache vor Abschluss des Vertrages besichtigt und rücksichtlich augenfälliger Mängel derselben nicht reklamiert, so gilt auch dieser mangelhafte Zustand als genehmigt, und der Mieter kann sich nachher nur noch auf solche Mängel berufen, die bei üblicher Besichtigung nicht Jedermann sofort erkennbar sein mussten (s. A. S. der b.-g. Entsch. Bd. XV S. 285 Erw. 2 f.).

Was die Form der Fristansetzung des Mieters an den Vermieter nach Art. 277 Abs. 1 anbetrifft, so ist der Mieter an den Weg der gerichtlichen Kundmachung nicht gebunden, sondern er hat nach Art. 122 O. R. die Wahl, ob er dem im Verzug befindlichen andern Teile von sich aus eine angemessene Frist ansetzen, oder hiezu sich der amtlichen Hülfe bedienen wolle. Hat derselbe sich im letztern Falle nicht an die zuständige Behörde gewendet, so liegt kein Grund vor, der Kundmachung die Wirkungen einer aussergerichtlichen Fristansetzung zu versagen, sofern dieselbe erweislich dem Vermieter zugekommen ist.

2. Das Vorhandensein von Mängeln, welche den vertragsmässigen Gebrauch der Mietsache weder ausschliessen noch erheblich schmälern, berechtigt den Mieter nicht zum Rücktritt auf Grund des Art. 277 O. R., sondern lediglich dazu, einen verhältnismässigen Abzug an Mietzins zu verlangen, oder die Reparaturen auf Kosten des Vermieters selbst vornehmen zu lassen (Art. 111 O. R.).

Bei mangelhaftem Zustand des Mietobjektes kann die Zahlung des Mietzinses, auch wenn diese gemäss Vertrag zum Voraus zu geschehen hat, bis zur Hebung der Mängel verweigert werden.

Unabhängig von der Befugnis des Mieters, in dem in Art. 277 Abs. 1 vorgesehenen Falle dem Vermieter zur Instandstellung der Mietsache Frist anzusetzen, um dann bei fruchtlosem Ablauf derselben vom Vertrage zurückzutreten, besteht das weitere Recht desselben auf entsprechende Minderung des Mietzinses, soweit der Vermieter seine Verpflichtungen nicht erfüllt hat, sowie nach Art. 277 Abs. 3 — im Falle Verschuldens des Vermieters — auf Ersatz desSchadens, der dem Mieter dadurch entstanden ist, dass der Vermieter schuldhafter Weise die Sache in einem nicht vertragsmässigen Zustand übergeben hat, insbesondere dem Mieter Auslagen erwachsen sind, die er nicht gehabt hätte, wenn ihm die Sache in vertragsmässigem Zustande übergeben worden wäre. (Entsch. v. 22. März 1895 i. S. Waetjen c. Duvanel.)

---

84. *Art. 315 O. R. Steht dem Verpächter wegen Erlöschens des Pachtvertrags infolge Konkurses des Pächters ein Schadenersatzanspruch zu?*

Das eidgenössische O. R. enthält in seinem von der Pacht handelnden Titel rücksichtlich der Folgen des Konkurses des Pächters vor Ablauf der vertraglichen Pachtzeit keine weitere Bestimmung als diejenige des Art. 315, wonach das Pachtverhältnis mit der Konkurseröffnung über den Pächter erlischt. Ein Schadenersatzanspruch des Verpächters wegen der durch den Konkurs bedingten Nichterfüllung während des Restes der Pachtzeit ist daselbst nirgends vorbehalten, und es kann sich daher nur fragen, ob dem Verpächter hier die allgemeine Bestimmung des Art. 110 über die Folgen der Nichterfüllung der Verträge zur Seite stehe, oder ob nicht vielmehr die Rechte des Verpächters, was die Folgen des Konkurses des Pächters anbelangt, in Art. 315 erschöpfend geregelt seien. Die Frage ist im letztern Sinne zu beantworten. Allerdings wird beim Konkurs des Pächters die Erfüllung der diesem obliegenden Verbindlichkeiten für die Folgezeit nicht mehr bewirkt, allein Art. 110 trifft trotzdem nicht zu; denn der Grund der Nichterfüllung liegt hier nicht in einem vertragswidrigen Verhalten des Pächters, sondern schlechthin in der Thatsache des Konkursausbruches. Nicht deswegen findet nach Art. 315 die Auflösung des Pachtverhältnisses statt, weil etwa der Pächter mit der Zahlung des Pachtzinses im Rückstand geblieben ist, oder sonst seinen vertraglichen Verpflichtungen nicht genügt hat, sondern einzig aus dem Grunde, weil er in Konkurs gefallen ist. Mag der Pächter bisher allen

seinen vertraglichen Verpflichtungen nachgekommen sein, und sogar für deren weitere Erfüllung dem Verpächter hinreichende Sicherheit bestellen, so kann dies nach Art. 315 die Auflösung des Pachtverhältnisses nicht hindern. Gemäss Abs. 2 dieses Artikels wird der Verpächter nur verpflichtet, die Pacht bis zu Ende des Pachtjahres fortzusetzen, wenn ihm für den laufenden Pachtzins und den Bestand des Inventars hinreichende Sicherheit geleistet wird. Weiter hinaus ist er nicht verpflichtet, den Pachtvertrag zu halten, auch wenn ihm bis zu dem vertraglich festgesetzten Ablauf desselben hinreichende Sicherheit geleistet würde. Wenn nun aber die Auflösung des Pachtverhältnisses von Gesetzeswegen schlechthin an den Thatbestand der Konkurseröffnung über den Pächter geknüpft ist, ohne Rücksicht darauf, ob der Pächter bisher seinen vertraglichen Verpflichtungen genügt habe und für deren weitere Erfüllung hinreichende Sicherheit leiste, so können hier die allgemeinen Vorschriften über die Folgen der Nichterfüllung der Verträge keine Anwendung finden. (Entsch. v. 15. März 1895 i. S. Solothurn c. Fischzuchtanstalt Orishof.)

---

85. *Art. 873 u. 876 O. R. Firma von Aktiengesellschaften. Unbefugter Gebrauch einer Firma; Schutz des Beeinträchtigten.*

Für die Frage, ob Jemand zur Führung einer Firma berechtigt sei, sind, wie das Bundesgericht bereits in seiner Entscheidung in Sachen H. Hediger & Söhne gegen Hediger & Cie (A. S. Bd. XVII, S. 649 Erw. 3) ausgesprochen hat, ausschliesslich die Bestimmungen des eidg. O. R. über die Geschäftsfirmen (Art. 865 u. ff., speziell Art. 868, 876 u. f.) massgebend, und nicht diejenigen des Markenschutzgesetzes. Der im Obligationenrecht gewährte Firmenschutz besteht darin, dass eine im Handelsregister eingetragene Firma an demselben Orte von keinem Andern als Firma benutzt werden darf (Art. 868); hat der neue Geschäftsinhaber denselben bürgerlichen Namen, mit welchem die ältere Firma bezeichnet wird, so muss er seinem Namen in der Firma einen Zusatz beifügen, durch welchen dieselbe deutlich von der älteren Firma unterschieden wird; ebenso ist hinsichtlich der Aktiengesellschaften oder Genossenschaften, welche ihre Firma frei wählen können, bestimmt, dass sich ihre Firma von einer bereits eingetragenen Firma deutlich unterscheiden müsse (Art. 868 und 873 O. R.). Dem durch Nichtbeachtung dieser Vorschriften Beeinträchtigten steht gegen den Unberechtigten gemäss

Art. 876 Abs. 2 das. die Klage auf Unterlassung der weitern Führung der Firma und auf Schadenersatz zu. Ob eine Unterscheidung deutlich sei, bemisst sich im Allgemeinen danach, ob sie bei Anwendung der im Verkehr üblichen Sorgfalt erkennbar sei (s. die zit. Entsch. des Bundesgerichts, Seite 649 Erw. 4), daneben kommen aber für den einzelnen Fall auch die besonderen Verhältnisse desselben mit in Betracht. Während nun bei den aus Personennamen gebildeten Firmen von Einzelkaufleuten und Kollektiv- oder Kommanditgesellschaften, sofern es sich um Geschäftsinhaber mit gleichem bürgerlichen Namen handelt, naturgemäss nur verhältnismässig geringfügige Abweichungen möglich sind, und daher im Verkehr von selbst auf die Einzelheiten dieser Firmanamen genau geachtet wird, verhält es sich nicht so bei denjenigen Firmen, welche frei gewählt werden können. Da ist die Möglichkeit einer augenfälligen Unterscheidung in weitem Masse vorhanden, und es darf im Verkehr davon ausgegangen werden, dass bei diesem weiten Spielraum bei der Wahl der Firmen nach Treu und Glauben verfahren, und zu Verwechslungen führende Namen vermieden werden. Bei diesen Firmen ist daher die Gefahr, dass nahezu gleiche Namen im Verkehr wirklich für gleich genommen werden, erheblich grösser, und es kann bei denselben eine Abweichung als ungenügend erscheinen, die, wenn es sich um eine Firma der erstgenannten Kategorie handeln würde, als deutliches Unterscheidungsmerkmal zu betrachten wäre. Von diesem Standpunkt kann der die beiden Firmen („Konsumverein Zürich“ und „Konsumverein Zürich-Oberstrass“) unterscheidende Zusatz „Oberstrass“ nicht als hinreichend erachtet werden, um Verwechslungen zu verhüten. Für Fernerstehende ist der Zusatz zweideutig, indem derselbe zu der Annahme verleiten kann, als enthalte er einfach die nähere Bezeichnung des Geschäftssitzes des Konsumvereins Zürich, bei dem Publikum am Orte selbst aber ist der Zusatz geeignet, die Meinung herbeizuführen, als handle es sich bei dem „Konsumverein Zürich-Oberstrass“ um eine Filiale des Klägers in der zur Stadtgemeinde Zürich gehörenden ehemaligen Gemeinde Oberstrass; hiebei ist namentlich von Bedeutung, dass nach der Feststellung der Vorinstanz die Geschäftskreise der beiden Vereine nicht etwa örtlich getrennt sind, sondern sich beidseitig über das ganze Gebiet der Stadt Zürich erstrecken, und dass insbesondere der Kläger auch Ablagen in Oberstrass besitzt. Dass in der That zu wiederholten Malen Verwechslungen vorgekommen sind, ist vom Kläger nachge-

wiesen worden. (Entsch. v. 16. März 1895 i. S. Konsumverein Zürich c. Konsumverein Zürich-Oberstrass.)

---

86. *Art. 896 O. R. Versicherungsrecht. Folgen des Zuwiderhandelns gegen Vertragsbestimmungen.*

Zuwiderhandeln des Versicherungsnehmers gegen Bestimmungen des Versicherungsvertrags hat nur insofern Verwirkung des Anspruchs auf die Versicherungssumme zur Folge, als dieselbe im Vertrage ausdrücklich angedroht ist. Im andern Falle hat der Versicherungsnehmer bezw. der Versicherte lediglich den aus der Uebertretung jener Bestimmungen erwachsenen Schaden zu tragen. (Entsch. v. 22. März 1895 i. S. Unfallversicherungsgesellschaft Winterthur c. Deruaz & Cons.)

---

87. *Art. 896 O. R. Versicherungsrecht; Haftpflichtversicherung. 1. Vom Versicherer zu tragende Gefahr. 2. Versicherung gegen eigenes Verschulden und gegen Verschulden der Leute des Versicherungsnehmers. 3. Inwieweit können sich juristische Personen gegen Verschulden ihrer Organe und Angestellten versichern?*

1. Aus der Natur des Versicherungsvertrages folgt nicht, dass der Versicherer nur die Gefahr von Zufällen und Ereignissen höherer Gewalt übernehme, nicht aber die Folge schuldhafter Handlungen des Versicherten; sondern nur, dass die nachteilige Thatsache, auf deren Eintritt hin die Vermögensleistung des Versicherers versprochen wird, eine ungewisse sein muss.

2. Der Versicherer kann sich gegen die Folgen jedes Verschuldens seiner Leute, für deren Handlungen er vertraglich verantwortlich ist, versichern, nicht nur gegen die Folgen ihrer groben oder leichten Fahrlässigkeit, sondern auch gegen die Folgen ihres Dolus. Ebenso unterliegt es, jedenfalls für die Binnenversicherung, keinem Bedenken, einen Versicherungsvertrag als gültig anzuerkennen, durch welchen der Versicherungsnehmer sich gegen die Folgen eigenen leichten Verschuldens versichert. Anders verhält es sich dagegen mit der Versicherung gegen die eigene grobe, unverzeihliche Fahrlässigkeit oder den eigenen Dolus. Eine derartige Stipulation müsste jedenfalls bei der Haftpflichtversicherung[1]) gemäss Art. 17 O. R. als ungültig erachtet werden. Hiefür

---

[1]) Vgl. Ehrenberg, Versicherungsrecht Bd. I S. 422 Anm. 9.

spricht die Analogie des Art. 114 O. R. Diese Vorschrift trifft zwar direkt nicht zu, zeigt aber immerhin, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, die Schadensfolge doloser oder grob fahrlässiger Verletzungen müsse vom Schädiger selbst getragen werden.

3. Bezüglich juristischer Personen ist die Ansicht vertreten, sie können sich auch gegen das schwere, auf Dolus oder grober Fahrlässigkeit beruhende Verschulden ihrer sämtlichen Organe und Angestellten versichern, weil dieses Verschulden niemals ein solches des Versicherten, der juristischen Person selbst sei (Füzier Hermann, Rép. gén. alph. du droit civ. fr. V. S. 670 Nr. 85 f.). Allein wenn man auch nicht so weit gehen will, vielmehr annimmt, dass Handeln und Schuld der obersten leitenden Organe der juristischen Person als Handeln und Schuld der juristischen Person selbst erscheine und daher letztere sich gegen grobes Verschulden dieser Organe nicht wirksam versichern könne, so kann doch nur Handeln und Schuld der Willensorgane der Gesellschaft, der verfassungsgemäss zur Bildung des korporativen Willens berufenen Organe gelten, nicht dagegen Handeln und Schuld blosser Angestellter, zu welchen die juristische Person lediglich im Verhältnis des Geschäftsherrn steht und welche ihr in gleicher Weise gegenüber stehen, wie die Angestellten einer physischen Person ihrem Prinzipal. (Entsch. vom 22. Dezember 1894 i. S. Unfallversicherungs-Gesellschaft Winterthur c. Cie générale de navigation sur le lac Léman.)

---

88. *Art. 250, 260 und 285 ff. B.-Ges. betreff. Schuldbetreibung und Konkurs. 1. Streitwert bei Kollokationsstreitigkeiten. 2. Form der Erhebung der Einspruchsklage. 3. Recht der Konkursgläubiger zur Anfechtung angemeldeter und von der Konkursverwaltung zugelassener Konkursansprüche. 4. Zur Interpretation von Art. 288 cit. B.-Ges.*

1. Bei Kollokationsstreitigkeiten, in welchen nur die Ungültigerklärung eines geltend gemachten Pfandrechts, nicht die Ausschliessung einer angemeldeten Forderung angestrebt wird, bei Gutheissung der Klage daher der beklagte Konkursgläubiger, allerdings mit der Folge, dass er unter die laufenden Gläubiger kolloziert wird, Gläubiger bleibt, ist das Interesse des Beklagten am Ausgang des Prozesses nicht gleich dem Wert des Pfandobjektes, sondern der Differenz zwischen diesem letztern und der Konkursdividende, die seiner Forderung als laufender zufällt.

2. Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs bestimmt lediglich die Frist, innert welcher die Einspruchsklage erhoben werden muss, sowie dass der Prozess im beschleunigten Verfahren geführt werden müsse. Ausser der in Art. 25 Ziff. 1 leg. cit. enthaltenen Vorschrift enthält aber das Bundesgesetz keine Vorschriften über die Gestaltung dieses Verfahrens, insbesondere nicht über die Form der Erhebung der Klage, sondern es ist die Aufstellung dieser Vorschriften Sache der kantonalen Gesetzgebung. Ob dieselben im einzelnen Falle erfüllt worden seien, ist somit vom Bundesgericht nicht zu prüfen, sondern massgebend ist der Entscheid des kantonalen Gerichts, dass die Klage in gesetzlicher Form eingereicht worden sei.

3. Die Ansicht, dass ein Konkursgläubiger zur Anfechtung einer vom Konkursverwalter zugelassenen Ansprache mit der Anfechtungsklage nach Art. 286 f. leg. cit. nur legitimiert sei, wenn eine ausdrückliche Abtretung des Anfechtungsanspruches nach Vorschrift des Art. 260 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes an ihn stattgefunden habe, ist nicht richtig. Es unterliegt zunächst keinem Zweifel, dass der Anfechtungsanspruch im Wege der Einrede von der Konkursverwaltung geltend gemacht werden kann, indem sie im Prüfungstermine eine Konkursansprache bestreitet (Art. 247) und dadurch den Konkursgläubiger gemäss Art. 259 Abs. 1 leg. cit. zur Erhebung der Klage veranlasst. Die Abweisung einer angemeldeten Konkursansprache im Prüfungstermine ist der einzige Weg, auf welchem die Konkursverwaltung dieselbe auf Grund der Art. 285 ff. leg. cit. anfechten kann. Hat die Konkursverwaltung eine angemeldete Ansprache nicht bestritten, so ist sie von ihr rechtskräftig anerkannt und eine spätere Anfechtung sowohl ihrerseits als von Seite der Gläubigerversammlung, als dem Organ der Gesamtheit der Gläubiger, unbedingt ausgeschlossen. Das gleiche gilt auch bezüglich der Anfechtung angemeldeter Konkursansprachen durch die einzelnen Gläubiger. Jede vom Konkursverwalter anerkannte, und nicht gemäss Art. 250 von allen oder einzelnen Gläubigern innert der dort festgesetzten Frist bestrittene Ansprache kann im Konkurse nicht mehr angefochten werden, weder mit der Anfechtungsklage aus Art. 286 ff., noch wegen civilrechtlicher Mängel. Die widersprechenden Gläubiger können denn auch, da Art. 250 keinerlei Beschränkung aufstellt, alle Anfechtungsgründe, die dem Konkursverwalter selbst zuständen, geltend machen, und sie sind auch gezwungen, es in diesem Verfahren zu thun, indem ein nicht rechtzeitig vorgebrachter

Bestreitungsgrund eben nicht etwa auf dem Wege eines neuen Prozesses, d. h. mit besonderer Anfechtungsklage, geltend gemacht, und so dem Gläubiger die erhaltene Konkursdividende wieder abgenommen werden kann. Nach Art. 260 Abs. 1 ist die Gesamtheit der Gläubiger verpflichtet, diejenigen Rechtsansprüche, auf welche sie verzichtet, an die Gläubiger, die es verlangen, abzutreten. Es handelt sich somit um eine gesetzliche, nicht um eine vertragsmässige Abtretung, deren Bedeutung und Wirkung sich auch gemäss Art. 260 Abs. 2 von der vertragsmässigen Cession wesentlich unterscheidet. Eine besondere Willenserklärung der Gesamtheit der Gläubiger ist daher, wenn die Konkursverwaltung eine angemeldete Ansprache anerkannt hat, zum Uebergang des Anfechtungsanspruches auf die einzelnen Gläubiger nicht erforderlich. Denn einerseits liegt, wie oben ausgeführt, der definitive Verzicht der Gesamtheit der Gläubiger auf die Geltendmachung des Anfechtungsanspruches in der Anerkennung der Ansprache im Prüfungstermine, und andererseits ist eine besondere Abtretungserklärung zu Gunsten der Gläubiger desshalb nicht notwendig, weil kraft Gesetzes jedem einzelnen Gläubiger das Recht zusteht, die Zulassung eines anderen Gläubigers oder den diesem angewiesenen Rang zu bestreiten (vergl. Art. 185 O. R.).

4. Anfechtbar sind nach Art. 288 alle Rechtshandlungen, welche der Schuldner in der dem andern Teile erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen, oder einzelne Gläubiger zum Nachteile anderer zu begünstigen. Bezüglich der Frage der Erkennbarkeit der fraudulösen Absicht ist zunächst von einer rechtlichen Erwägung auszugehen, nämlich der, was unter erkennbar zu verstehen sei. Erkennbar ist nun nicht erst, was erkannt werden muss, sondern schon was erkannt werden kann, und als erkennbar im Sinne des Art. 288 muss daher angesehen werden, was bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit, also ohne grobe Fahrlässigkeit, erkannt werden kann. (Entsch. vom 1. März 1895 i. S. Dürsteler c. Volksbank.)

---

89. *Art. 19, 20 u. 37 B.-Ges. betreffend die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter vom 25. Juni 1891. 1. Anwendbarkeit des B.-Ges. auf die vor Inkrafttreten desselben abgeschlossenen Ehen bezüglich des ehelichen Güterrechts. 2. Anwendbares Recht, wenn das Recht des ersten ehelichen Wohnsitzes auf ein anderes Güterrecht verweist.*

1. Die Vorschrift, dass die Güterrechtsverhältnisse der Ehegatten gegenüber Dritten ganz allgemein nach dem durch das Bundesgesetz vorgeschriebenen Rechte des jeweiligen ehelichen Wohnsitzes zu beurteilen sind, bezieht sich auf alle Ehen von Niedergelassenen, mögen selbe vor oder nach Inkrafttreten des Bundesgesetzes (1. Juli 1892) abgeschlossen worden sein. Ferner steht fest, dass die Fakultät der Erklärung des Art. 20 laut Art. 37 auch die vor genanntem Datum eingegangenen Ehen beschlägt. Aber auch die Frage, ob Art. 19, 1 cit., wonach das interne eheliche Güterrecht, Art. 20 cit. vorbehalten, für die ganze Dauer der Ehe vom Rechte des ersten ehelichen Wohnsitzes beherrscht wird, auch alle am 1. Juli 1892 bereits bestandenen Ehen ergreife, ist zu bejahen. Zwar ist weder in Art. 19, 1 noch sonst im Gesetze ausdrücklich und speziell vorgeschrieben, dass das innere Güterrecht der vor dem 1. Juli 1892 abgeschlossenen Ehen vom Rechte des ersten ehelichen Wohnsitzes beherrscht werde; vielmehr besteht punkto Rückwirkung der güterrechtlichen Bestimmungen des Gesetzes nur die besondere Vorschrift des Art. 37 l. c. Hingegen ist es, wenn auch wünschbar, so doch nicht nötig, dass die Rückwirkung immer ausdrücklich vorgeschrieben werde; vielmehr kann dieselbe sich sehr wohl aus den Umständen als gewollt ergeben (Windscheid Pandekten I, 74). Dies trifft nun hier zu. In der That gieng der Zweck des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1891 dahin, dem im interkantonalen Privatrechte bestehenden anerkannt unhaltbaren Zustande der Rechtsunsicherheit soweit möglich ein Ende zu machen. Dieser Zweck wäre nun speziell mit Bezug auf das interne eheliche Güterrecht insoweit als erreicht zu betrachten, wenn vom Zeitpunkte des Inkrafttretens des Bundesgesetzes an alle bestehenden Ehen unter das genannte Gesetz fallen, speziell auch dem Art. 19, 1 desselben unterstellt würden. Anders würde sich die Sache verhalten, sobald man genanntes Alinea des Art. 19 nur auf die seit 1. Juli 1892 abgeschlossenen Ehen beziehen, somit die früher abgeschlossenen unter dem frühern Rechte belassen und die Rückwirkung des neuen Rechtes negieren würde. In diesem Falle würden seit Inkrafttreten des Bundesgesetzes und noch auf lange Zeit mit Bezug auf das interne Güterrecht zwei Klassen von Ehen bestehen: Die vor dem 1. Juli 1892 abgeschlossenen, welche (zum mindesten bezüglich der vor genanntem Datum stattgefundenen Akte) dem frühern Rechte unterständen, und die seit 1. Juli 1892 abgeschlossenen, welche durch das neue

Recht beherrscht würden. Das aber war der Wille des Bundesgesetzes nicht; Art. 1 desselben schreibt denn auch vor, dass die personen-, familien- und erbrechtlichen Bestimmungen des Civilrechts eines Kantons auf die Niedergelassenen und Aufenthalter nach Massgabe der Vorschriften des Bundesgesetzes Anwendung finden, ohne dass irgendwo bezüglich der frühern Ehen punkto internes Güterrecht eine Ausnahme gemacht würde (vgl. auch Art. 2 l. c.). Zu beachten ist auch, dass nach Art. 39 l. c. auf 1. Juli 1892 alle dem Bundesgesetze widersprechenden Bestimmungen der eidgenössischen und kantonalen Gesetzgebung, sowie der Konkordate aufgehoben sind; es bestehen also die betreffenden Bestimmungen nicht etwa bezüglich der Ehen aus der Zeit vor dem Bundesgesetze weiter, sondern sie sind überhaupt allgemein, bezüglich aller Ehen, vom 1. Juli 1892 an ausser Kraft erklärt. Diese Ansicht, dass dem Art. 19, 1 rückwirkende Kraft auf alle bestehenden Ehen beizumessen sei, ist denn auch zunächst im Kreisschreiben des Bundesrates vom 28. Juni 1892 und dann in der Doktrin (Heusler in der Zeitschr. für schweiz. Recht XII, 39; Escher, das interkantonale schweiz. Privatrecht, Zürich 1895, pag. 193 f.) und in der Praxis mehrfach vertreten worden (s. Handelsrechtliche Entsch. XIII, 129 i. S. Henneberg). In genannter Sache Henneberg vertritt die Appellationskammer des zürcherischen Obergerichts, wie auch im heute angefochtenen Entscheide wieder, die Ansicht, dass Normen betreffend die örtliche Kollision der Statuten keine materiellen Rechtsgrundsätze, sondern vielmehr Anweisungen an den Richter enthalten, welches Recht er im gegebenen Falle seinem Entscheide zu Grunde zu legen habe; solchen Anweisungen wohne aber wie Prozessgesetzen rückwirkende Kraft inne. Nun ist gegen die Annahme der Rückwirkung zwar auch angebracht worden, dass Art. 37 l. c. durch spezielle Bestimmung die Befugnis des Art. 20 auch den zur Zeit des Inkrafttretens des Gesetzes bereits verehelichten Personen eingeräumt habe; diese spezielle Bestimmung wäre unnötig gewesen, wenn die Art. 19, 1 und 20 schon nach der allgemeinen Intention des Gesetzes rückwirkend auch auf frühere Ehen hätten Anwendung finden sollen. Statt dessen sei eben durch Art. 37 die Rückwirkung ausnahmsweise, bezüglich des Art. 20, vorgeschrieben; dagegen fehle eine ähnliche Bestimmung bezüglich des Art. 19, 1. Es sei daher die Rückwirkung desselben nicht als gewollt anzunehmen. Indess ist diese Argumentation doch nicht durchschlagend. Vielmehr ist ein genügender Grund nicht ersicht-

lich, weswegen das interkantonale Güterrecht des Bundesgesetzes bezüglich der innern Seite des Güterrechtsverhältnisses einzig nur in Betreff der Fakultät des Art. 20, und nicht auch in den übrigen Beziehungen, speziell mit Hinsicht auf Art. 19, 1 die früheren Ehen ergreifen sollte. Diesbezüglich mag bemerkt werden: Die Rückwirkung des Art. 20 soll die Möglichkeit gewähren, dass Ehegatten bei Vornahme eines Wohnsitzwechsels unter gewissen Bedingungen, trotz der Spaltung des ehelichen Güterrechts nach seiner inneren und äusseren Seite, das ganze güterrechtliche Verhältnis einem einzigen Rechte sollen unterstellen können. Art. 37 cit. sodann verfolgt, obschon dies nicht ausdrücklich gesagt ist, nur den Zweck, den vor dem 1. Juli 1892 verehelichten Personen auch ohne den in Art. 20 cit. vorgesehenen Wohnsitzwechsel die Möglichkeit zu gewähren, durch gemeinsame Erklärung das gesamte Güterrechtsverhältnis dem einen Wohnsitzrechte zu unterstellen. Es kann also aus Art. 37 nicht e contrario gefolgert werden, dass Art. 19, 1 mangels ausdrücklicher Bestimmung rückwirkende Kraft nicht haben könne, dies um so weniger, als genannter Artikel in den Uebergangsbestimmungen steht und dieselben sich doch nur mit Rechtsverhältnissen befassen, welche das Gesetz selbst regelt.

2. Die Frage, ob Art. 19, 1 das innere Güterrechtsverhältnis dem materiellen Rechte des ersten ehelichen Wohnsitzes, oder aber dem durch das dortige interkantonale Privatrecht bezeichneten Rechte habe unterwerfen wollen, ist zweifellos eine Frage des eidgenössischen Rechts; das Bundesgericht ist daher zu deren Behandlung kompetent. Sie ist dahin zu beantworten, dass Art. 19, 1 auf das Recht des ersten ehelichen Wohnsitzes in seinem ganzen Umfange habe verweisen wollen. Dazu gehört aber auch die das interne Güterrecht beschlagende Statutenregelung; auch diese ist also im Sinne des Art. 19, 1 zu berücksichtigen. Wenn daher das interkantonale Privatrecht des ersten ehelichen Wohnsitzes dahin geht, dass unter gewissen Bedingungen nicht das materielle Recht dieses Ortes, sondern ein anderes, insbesondere das Heimatrecht für die inneren Güterrechtsverhältnisse massgebend sein soll, so ist im betreffenden Falle gemäss dem durch das Bundesgesetz bezeichneten Rechte des ersten ehelichen Wohnsitzes materiell dieses andere, durch das erstere designierte Recht zur Anwendung zu bringen. (Entsch. der II. Abth. vom 27. März 1895 i. S. Eheleute Martiny.)

## B. Entscheide kantonaler Gerichte.

---

**90.** *Irrtum. Bedeutung von Art. 19 Ziff. 4 O. R.*

**Baselstadt.** Urteil des Appellationsgerichts vom 11. März 1895 i. S. Ginsburger c. Fuchs.

L. Fuchs hatte folgenden Bürgschaftsschein unterschrieben:

„Die Unterzeichneten geben sich hiemit Herrn Salomon Ginsburger als solidarische Bürgen und Selbstzahler dar für dessen Forderung von Fr. 18,500 an Herrn Joh. Thaler und verpflichten sich, dieselbe am 10. Oktober 1894 zu bezahlen. Gegen Bezahlung dieser Summe verpflichtet sich Herr S. Ginsburger, dem Herrn J. Thaler Saldoquittung zu erteilen.

(sign.) L. Fuchs
„ S. Zipfel."

Als Ginsburger diese Verpflichtung gerichtlich geltend machte, wandte Fuchs ein, er habe sich bei Unterzeichnung des Scheines in einem wesentlichen Irrtum befunden. Es sei vorher viel hin und her gesprochen worden, es habe sich darum gehandelt, dass Thaler dem Ginsburger für die Fr. 18,500 eine zweite Hypothek auf seine Liegenschaft bestelle, und er (Fuchs) sei in den Glauben versetzt worden, der Schein habe nur einen vorübergehenden Wert und zwar für wenige Tage, bis diese zweite Hypothek in Ordnung sei. Die erste Instanz nahm in der That an, der Beklagte sei zur Unterzeichnung veranlasst worden, ohne dass sein Wille auf eine solche Verpflichtung gerichtet gewesen sei; die gewollte und die wirklich eingegangene Verpflichtung seien aber so verschieden, dass der auf Seiten des Beklagten festgestellte Irrtum als ein wesentlicher bezeichnet werden müsse. Sie wies daher das Klagbegehren ab. Das Appellationsgericht hob dieses Urteil auf und verurteilte den Beklagten.

Begründung: Mag es immerhin möglich sein, dass der Hauptschuldner (Thaler) dem Beklagten Zusicherungen betreffs der bloss provisorischen Natur des Scheines gegeben hat (obschon auch dies durch die Zeugenabhörungen nicht genügend bewiesen ist), so war der Beklagte doch nicht in wesentlichem Irrtum über den Umfang seines Versprechens, da der Wortlaut des Scheines, den er unterschrieb, einfach und leichtverständlich genug ist, um jeden Zweifel über dessen Bedeutung auszuschliessen, und Art. 19 Ziff. 4 O. R. doch nur solche Fälle treffen kann, wo Fassung und Inhalt des Ver-

trags die Möglichkeit zulassen, dass die Parteien hiebei Verschiedenes im Auge haben konnten. Zudem könnte Beklagter allfällige betrügerische Vorspiegelungen des Hauptschuldners nicht gegen den nicht nachweislich daran beteiligten Kläger geltend machen (Art. 25 O. R.). Dass der Beklagte unüberlegt und unvorsichtig den Schein unterzeichnet hat, kann ihn nicht von der Haftpflicht befreien und das Recht kann nicht die Aufgabe haben, solche Nachlässigkeiten zu berücksichtigen.

---

**91.** *Accident causé par la chûte d'une cheminée. Responsabilité du propriétaire du bâtiment ou du patron de l'ouvrier décédé? Art. 60, 67 C. O.*

**Genève.** Jugement de la Cour de justice civile du 30 mars 1895 d. l. c. Borre c. hoirs Viridet et Lachenal.

F. Borre, ramoneur au service de Lachenal, a été envoyé par son patron pour ramoner la cheminée d'un four de boulanger dans l'immeuble des hoirs Viridet. Fr. Borre monta dans le canal de fumée selon l'usage des ramoneurs et, comme il se trouvait dans la portion du canal qui dépasse le niveau du toit, les parois cédèrent sous la pression de son corps et s'écroulèrent; Borre fut précipité dans la rue d'une hauteur de quatre étages et se fit des blessures qui amenèrent sa mort. Son père, Victor Borre, a assigné les hoirs Viridet en paiement de 5,000 frcs. de dommages-intérêts, en faisant valoir que l'accident était dû à un vice de construction de la cheminée laquelle, étant simplement construite en briques posées de champ et non à plat, ne présentait pas une solidité suffisante. Les hoirs Viridet ont assigné Lachenal pour s'entendre condamner à les relever de toute condamnation, en soutenant que, si la cheminée présentait un défaut de construction, c'était à lui qu'il incombait de le signaler, et qu'il avait negligé de le faire. Les Tribunaux ont déclaré responsables de l'accident les hoirs Viridet.

Motifs: Considérant qu'il importe qu'une cheminée destinée à être ramonée par un ouvrier qui en parcourt l'intérieur soit, surtout lorsqu'il s'agit de la cheminée d'un four de boulanger qui nécessite des ramonages fréquents, assez solidement construite pour supporter, sans s'effondrer, les efforts musculaires que fait le ramoneur pour s'élever et se maintenir dans le canal;

qu'une cheminée qui, comme celle de l'immeuble des hoirs V., ne remplit pas cette condition, est affectée d'un vice de construction qui rend les propriétaires responsables

du dommage causé par ce vice, sans qu'il y ait lieu d'examiner si ceux-ci étaient ou non en état de le connaître, puisque l'art. 67 C. O. ne fait aucune distinction à cet égard.

Considérant que Lachenal n'est pas le constructeur de l'immeuble des hoirs V.; qu'ils ne peuvent donc avoir recours contre lui que dans le cas prévu dans l'art. 50 C. O., c'est-à-dire s'ils établissent que Lachenal leur a causé un préjudice sans droit, soit à dessein, soit par négligence;

que l'art. 21 du règlement de police, du 8 septembre 1877, n'a pas la portée que lui donnent les hoirs V., car, s'il oblige les ramoneurs à signaler au département de justice et police les cheminées qu'ils trouvent en mauvais état ou defectueuses au point de présenter quelque danger d'incendie ou une difficulté de ramonage, cette prescription ne les oblige pas à vérifier l'épaisseur et la solidité des maçonneries avant de faire monter ses ouvriers dans un canal de cheminée;

qu'ils sont fondés à s'en rapporter, sur ce point, à la science de l'architecte qui a construit le bâtiment et à la diligence du propriétaire qui a accepté l'ouvrage sans réserve.

(La Semaine judiciaire XVII [1895] p. 338 s.)

---

**92.** *Kauf. Substanziierung und Rechtzeitigkeit der Mängelrüge. Art. 246 O. R.*

**Zürich**. Auszüge aus zwei Urteilen des Handelsgerichts vom 11. Januar 1895 i. S. Krause & Cie c. Aktiengesellschaft der Tuchfabrik Fleckenstein und vom 28. Dezember 1894 i. S. Gross c. Masera.

I.

Die beklagtische Firma, eine Tuchfabrik, bestellte bei den Klägern auf Grund eines den letztern übersandten Qualitätsmusters ein Quantum Leistengarn. Am 13. Tage nach Empfang desselben stellte die Beklagte den Klägern das Garn zur Verfügung, „da dasselbe in Qualität und Haltbarkeit so schlecht sei, dass es unmöglich verarbeitet werden könne.“ Die Kläger anerkannten die Reklamation nicht und luden die Beklagte ein, grössere Versuche mit dem Garn zu machen. Nach Vornahme derselben hielt jedoch die Beklagte an ihrer frühern Reklamation fest, ohne sich indess über die einzelnen Mängel näher auszusprechen.

Als die Kläger dann den Kaufpreis einklagten, machten sie u. A. geltend, die beklagtischerseits erhobene Mängelrüge sei verspätet und übrigens auch mangels gehöriger Substanziierung verwirkt, weil die Beklagte trotz wiederholter Befragung vor dem Prozesse niemals angegeben habe, worin die Abweichung der Ware vom Muster bestehe.

Das Handelsgericht hat den Standpunkt der Kläger, die Beklagte sei mit der Mängelrüge nicht mehr zu hören, verworfen.

Motive: 1. Zunächst ist zu beachten, dass die Kläger in ihrer Antwort auf die Dispositionsstellung der Beklagten deren Reklamation nicht etwa als verspätet zurückgewiesen, sondern die Beklagte ausdrücklich eingeladen haben, „grössere Versuche“ mit der gelieferten Ware vorzunehmen. Wenn nun auch allerdings nicht allgemein der Satz aufgestellt werden kann, dass ein Verkäufer, der die Zulässigkeit der Mängelrüge, z. B. wegen Verspätung, nicht von vornherein bestreitet, sondern auf das Materielle derselben eintritt, mit dieser Einrede im Prozesse ausgeschlossen sei, so lässt sich dagegen im vorliegenden Fall ein solcher Ausschluss schon deshalb rechtfertigen, weil aus der Antwort der Kläger hervorgieng, dass es auch nach ihrer Ansicht zu einer richtigen Untersuchung und Beurteilung einer Verarbeitung der Garne bedurfte, und sobald dies angenommen werden muss, erscheint die 13 Tage nach der Ankunft der Ware angehobene Mängelrüge nicht als verspätet.

2. Bezüglich der Frage, ob die Mängelrüge nicht deshalb verwirkt sei, weil die Beklagte im Verlaufe der ganzen, dem Empfang der Ware nachfolgenden Korrespondenz sich trotz der diesfälligen Fragen der Kläger niemals darüber ausgesprochen hat, worin die Abweichung der gelieferten Ware von dem Muster bestehe, ist zuzugeben, dass Art. 246 O. R. von der Praxis dahin interpretiert wird, dass eine gewisse Substanziierung der Mängelrüge erforderlich sei (s. H. E. VI. 253).

Dagegen kommt auch hier zunächst der bereits angedeutete Gesichtspunkt in Betracht, dass es zur gehörigen Prüfung der Ware und zur Erkennung der Mängel der Verarbeitung eines gewissen Teiles der Ware bedurfte; entscheidend ist aber der Umstand, dass es sich um eine Ware handelte, welche zur Verarbeitung seitens der Käuferin bestimmt und bestellt war, und wenn in einem solchen Falle ein Käufer seine Dispositionsstellung der Ware damit begründet, dieselbe entspreche dem Muster nicht und sei „so schlecht, dass sie nicht verarbeitet werden könne,“ so muss darin eine genügende Substanziierung der Mängelrüge gefunden werden.

(Schweiz. Blätter für handelsger. Entsch. XIV, 57.)

---

## II.

Unterm 3. März 1894 bestellten Gebr. Masera, Holzhändler in Winterthur, bei J. Gross in Wien einen Wagen Ia. slavonische Eichenfriesen. Letzterer nahm den Auftrag sofort an und am 24. März langte die Ware, die von den Bestellern inzwischen weiter verkauft worden war, an ihrem Bestimmungsorte, einer Parquetteriefabrik im Kanton Waadt, an. Nachdem letztere sofort nach Uebergabe der Friesen bei Gebr. Masera die Qualität der Ware beanstandet hatte, schrieben dieselben am 29. März an Gross, „der Wagen sei in jeder Beziehung so miserabel, dass sie denselben kaum verwenden können; wenn sie ihn behalten sollen, so sei ihnen dies nur möglich gegen eine entsprechende Vergütung, andernfalls aber stellen sie den Wagen zur Verfügung.“ Gross wies die Reklamation zurück. Am 7. April 1894 schrieben ihm Gebr. Masera, „die Ware sei von ganz schwarzer Farbe, gefleckt, rissig und von ganz geringer Qualität, offenbar sei dieselbe zusammengelesenes Zeug.“ In dem von Gross gegen die Beklagten angestrengten Prozess auf Bezahlung des Kaufpreises erklärte das Handelsgericht die von den Beklagten erhobene Mängelrüge als genügend substanziiert.

Motive: Die Mängelrüge der Beklagten vom 29. März 1894 genügte den Anforderungen des Art. 246 O. R. Denn hiernach bedarf es lediglich einer solchen Anzeige der Mängel, wodurch im allgemeinen die Abweichung der Ware von ihrer gesetzes- und vertragsmässigen Beschaffenheit angezeigt wird und womit klar und deutlich der Wille ausgesprochen wird, die Ware zu beanstanden (vgl. Handelsr. Entsch. Bd. VI, S. 254 Erw. 4). Hiebei ist zu betonen, dass eine spätere Ergänzung der Mängelrüge, wie sie dann im Brief der Beklagten vom 7. April 1894 und sodann im Prozess erfolgte, durchaus zulässig war. Die Gerichtspraxis hat festgestellt, dass eine derartige Verdeutlichung der ersten Mängelanzeige, sofern sie in kürzerer Frist geschehen ist, als eine Vervollständigung der ursprünglichen Rüge auch in dem Sinne gelte, dass die Frage der genügenden Substanziierung unter Mitberücksichtigung dieser Verdeutlichung zu beurteilen sei. Endlich kann auch davon nicht die Rede sein, dass die Beklagten, wie der Kläger behauptet, den Wandelungsanspruch verwirkt, bezw. auf denselben verzichtet haben, weil sie ihn nicht schon in der Mängelrüge mit aller Bestimmtheit geltend gemacht haben. (S. Art. 249 O. R. u. Schneiders Komm. zu Art. 248 N. 22.)

(Schweiz. Blätter für handelsr. Entsch. XIV, 47.)

---

**93.** *Responsabilité de l'hôtelier des effets apportés par les voyageurs. Imprudence de l'hôte. Art. 488 C. O.*

**Vaud.** Jugement du Tribunal cantonal du 12 mars 1895 d. l. c. Dame Fraser c. Unger.

Dame Fraser a logé au commencement de juin 1894, avec sa fille et sa femme de chambre à l'Hôtel de Belmont à Montreux tenu par M. Unger. Elle occupait 5 ou 6 pièces au second étage; une partie de ses effets étaient dans une armoire fermant à clef, située dans le corridor du second étage. Mme F., soit sa fille ou sa femme de chambre, laissaient cette armoire ouverte ou du moins n'en enlevaient pas la clef. Le 8 ou 9 juin, il disparut de l'armoire plusieurs effets dont la valeur est estimée à 300 fr. Une enquête pénale est restée sans résultat. La dame F. a actionné Unger au paiement de la somme de 300 fr. Unger a décliné sa responsabilité prétendant que dame F. a commis une grave imprudence en laissant à la porte de l'armoire du corridor la clef de celle-ci. Le président du Tribunal du district de Vevey a débouté la demanderesse de sa demande et le Tribunal cantonal a confirmé ce jugement.

Motifs: Considérant que pour trancher la question de savoir s'il y a faute de la part du voyageur qui négligerait d'enfermer ses effets dans les meubles à ce destinés, le juge doit prendre en considération les circonstances spéciales à la cause, ainsi que l'usage en cours dans les hôtels de la contrée.

Considérant en l'espèce que l'armoire du corridor de dame F. était vis-à-vis des cabinets de l'étage et qu'il y a une quinzaine de chambres à cet étage.

Qu'à Montreux, les maîtres d'hôtel font en général la recommandation à leurs hôtes de ne pas laisser aux portes les clefs des armoires de corridor, et que cet usage n'est pas relaté par des affiches, mais qu'il est généralement recommandé verbalement aux voyageurs.

Considérant que dame F., étant donné le fait que cette armoire se trouvait dans un corridor pouvant être utilisé par un nombre important de voyageurs, ce qui rendait la surveillance du maître d'hôtel difficile, devait utiliser la clef dont le meuble était muni.

Qu'au lieu d'accomplir cet acte de prudence, elle a constamment laissé l'armoire non fermée à clef.

Que cette négligence a facilité le vol et constitue indubitablement, à la charge de dame F., une faute dont le défendeur peut utilement se prévaloir.

Qu'au surplus, dame F. est restée à l'hôtel jusqu'au 28 juin, sans faire aucune réclamation au défendeur et sans lui dire qu'il avait encouru une responsabilité à son égard.

Considérant, enfin, que dame F. ne saurait utilement dire qu'une prétendue faute concurrente de Unger permettrait au juge d'adjuger partiellement à la demanderesse sa conclusion.

Qu'en effet, la nature de la faute établie à la charge de dame F. est telle qu'elle exonère le défendeur de toute responsabilité, même en cas de faute concurrente de sa part, ce qui n'a du reste pas été démontré en l'espèce.

(Journal des tribunaux XLIII [1895] p. 230 ss.)

---

**94.** *Einfache Gesellschaft. Abtretung seines Anteils durch einen Gesellschafter an einen Dritten. Art. 542 O. R.*

**Thurgau.** Urteil des Obergerichts vom 27. März 1895 i. S. Gebr. Schatz c. Imhof.

U. Imhof verkaufte an Gebr. Schatz sein in Hub gelegenes Heimwesen; in Ziffer 1 der Kaufbedingungen heisst es: „Käufer übernehmen 11 Hütten-Aktien des Verkäufers wie sie gegenwärtig noch bestehen.“ Die Käsereigesellschaft Hub-Holzenstein entliess aber den Verkäufer nicht als Mitglied, weshalb dieser die Käufer darauf belangte, dass sie durch Bezahlung, eventuell Sicherstellung des Betrages der noch rückständigen Kapitaleinzahlungen zuzüglich 40 % der ganzen ursprünglichen Zeichnung die Entlassung des Klägers aus der Gesellschaft bewirken. Die Beklagten bestritten dieses Begehren, da es Sache des Klägers sei, dafür zu sorgen, dass sie an seiner Stelle von der Gesellschaft als Mitglieder angenommen werden. Die erste Instanz verurteilte die Beklagten zur Zahlung von Fr. 88. 70 für die vom Kläger bisher an die Gesellschaft geleisteten Einzahlungen, in der Meinung, dass dem Kläger weitere Einzahlungen ebenfalls wieder einzuklagen unbenommen sei. Die zweite Instanz bestätigte auf Appellation der Beklagten dieses Urteil.

Motive: Nach der Bestimmung des Kaufvertrages „die Käufer übernehmen 11 Hütten-Aktien des Verkäufers, wie sie gegenwärtig noch bestehen,“ gieng die Absicht der Kontrahenten offenbar dahin, dass alle Rechte und Pflichten des Appellaten gegenüber der Sennereigesellschaft auf die Appellanten übertragen werden sollten. Diese Rechte und Pflichten waren nun aber, wie sich aus den Statuten der Käsereigesellschaft Hub-Holzenstein ergiebt, nicht diejenigen eines

Aktionärs im Sinne von Art. 612 ff. O. R., sondern diejenigen eines einfachen Gesellschafters im Sinne von Titel XXIII O. R., und es waren dieselben gemäss Art. 2, Schlusssatz, des Gesellschaftsvertrages nur unter Zustimmung der Gesellschaft mit der Wirkung auf einen Dritten übertragbar, dass der Appellat als Gesellschafter entlassen worden und der Dritte an seine Stelle eingetreten wäre. Da nun die Gesellschaft die Entlassung des Appellaten und die Annahme der Appellanten an seiner Stelle verweigert, so ist die Erfüllung des Vertrages in der Weise, wie sie von den Parteien ursprünglich beabsichtigt wurde, unmöglich. Es hat nun aber keine der Parteien — welche übrigens beide diese Eventualität bei gehöriger Sorgfalt leicht vorhersehen konnten, da ja der Appellat seiner Zeit die Gesellschaftsstatuten eigenhändig unterzeichnet hat, und da die Appellanten alle Veranlassung zur Information über die Statuten gehabt hätten — die Unmöglichkeit der ursprünglich beabsichtigten Vertragserfüllung als Grund zur Anfechtung des Kaufvertrages vom 23. März 1893 in seiner Totalität geltend gemacht; infolgedessen hat sich auch das Obergericht nur darüber auszusprechen, welches Rechtsverhältnis bezüglich der sog. elf Aktien nunmehr zwischen den Parteien besteht. Dieses Verhältnis ist, speziell auch im Hinblick auf Art. 542, Absatz 2 O. R., dahin festzustellen, dass der Appellat für alle seine Leistungen an die Gesellschaft, welche nach dem Kaufabschlusse bereits stattfanden und in Zukunft noch stattfinden werden, gegenüber den Appellanten regressberechtigt, dass er aber andrerseits auch verpflichtet ist, alles, was ihm von Seite der Gesellschaft zukommt, also auch das Ergebnis einer allfälligen Liquidation, an die Appellanten abzugeben. Infolgedessen muss, ohne dass es eines Beweisverfahrens über den rechtlich irrelevanten ökonomischen Wert des appellatischen Gesellschaftsanteilhaberrechtes bedarf, die Forderung des Appellaten bezüglich der seit dem Kaufabschlusse bezahlten Gesellschaftsbeiträge in der Höhe von Fr. 66. — nebst Fr. 22. 70 Arrestkosten auch vom Obergerichte schon jetzt geschützt werden, während für die künftig fällig werden Beiträge ein Klagerecht des Appellaten erst mit der Bezahlung derselben entstehen wird.

---

**95.** *Poursuite pour effet de change souscrit par une société contre un des associés personnellement inscrit au registre du commerce seulement comme membre de la société. Art. 39 et 177 L. P. et F. Art. 564 C. O.*

**Genève.** Arrêt de la Cour de justice civile (Autorité de surveillance) du 16 février 1895 d. l. c. Perrenoud.

A. Perrenoud, ancien associé de la société en nom collectif Leroyer et Perrenoud, actuellement en faillite, demande l'annulation d'un commandement de payer pour effet de change, par le motif qu'il ne serait pas soumis à la poursuite par voie de faillite, n'étant pas inscrit personnellement au registre du commerce, et parceque la traite, dont le recouvrement est poursuivi, n'est signée que par la raison sociale Leroyer et Perrenoud et non par Perrenoud personnellement. La Cour a rejeté cette demande.

Motifs: Il importe peu que Perrenoud ne soit inscrit au registre du commerce que comme membre d'une société en nom collectif; cela seul suffit pour qu'il puisse être poursuivi par voie de la poursuite pour effet de change aux termes des art. 177 et 39 L. P. et F., si les autres conditions exigées par la loi se trouvent réunies.

L'Office des poursuites et après lui l'Autorité de surveillance n'ont pas à examiner si Perrenoud peut être poursuivi pour un engagement de change pris par la société à laquelle il appartient, et, notamment, si, en l'état, Perrenoud se trouve dans les conditions prévues aux art. 564 ss. C. O., c'est-à-dire si les créanciers de cette société peuvent actuellement agir sur les biens personnels des associés.

Cet examen appartient à l'autorité judiciaire dans la procédure en opposition qui peut être ouverte aux termes de l'art. 178 de la L. P. et F.

(La Semaine judiciaire, XVII [1895] p. 271.)

---

**96.** *Kollektivgesellschaft. Konkurs nach Auflösung derselben. Art. 573 O. R.*

**Zürich.** Beschluss des Obergerichtes als kantonale Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs vom 22. Dez. 1894 i. S. Strebel.

S. bildete mit F. eine Kollektivgesellschaft unter der Firma S. u. F. Diese Firma löste sich aber wieder auf, und laut Vormerk im Handelsregister vom 2. Juli 1894 übernahm S. deren Aktiven und Passiven. Am 15. September 1894

wurde indes über die Firma der Konkurs eröffnet. Infolge dessen inventierte das Konkursamt bei S. sämtliche Aktiven der frühern Gesellschaft. Derselbe beschwerte sich hierüber, indem diese Aktiven rechtsgültig in seinen Besitz übergegangen seien. Die erstinstanzliche Aufsichtsbehörde bestätigte aber die angefochtene Verfügung des Konkursamtes, wesentlich auf Grund einer Erklärung des F., dass zur Zeit der Konkurseröffnung eine Teilung der Gesellschaftsaktiven noch nicht stattgefunden und jener Eintrag am Handelsregister wesentlich zum Zwecke erfolgt sei, die Eingehung von Schulden zu Lasten der Gesellschaft auf Seite des F. zu verhüten.

Die von S. hiegegen beim Obergericht erhobene Beschwerde wurde abgewiesen.

Motive: Nach Vorschrift des Art. 573 O. R. ist auch nach Auflösung einer Kollektivgesellschaft ein Konkursverfahren über das Vermögen derselben so lange zulässig, als die „Verteilung“ noch nicht vollzogen ist.

Hierunter ist zwar nicht ausschliesslich eine Verteilung im Sinne von Art. 580 ff. O. R., d. h. im Wege der Liquidation zu verstehen, sondern es genügt hiezu auch an einer effektiven, ernstgemeinten Veräusserung und Uebertragung des Geschäftes in Aktiven und Passiven an einen der Gesellschafter. Dass eine solche aber im vorliegenden Falle in der That stattgefunden habe, ist nicht genügend erwiesen. Die blosse Anmeldung der Geschäftsabtretung ans Handelsregister mit entsprechender Publikation reicht hiezu nicht aus; denn erfahrungsgemäss werden diese Formalien auch öfters vorgenommen, ohne dass dabei wirklich auch sofort eine Auseinandersetzung der Gesellschafter stattfindet, diese vielmehr noch vorbehalten bleibt, so dass es einstweilen bezüglich der Verhältnisse nach innen, namentlich auch hinsichtlich des Eigentums an den Gesellschaftsaktiven beim Alten bleibt. Die Voraussetzungen des Ueberganges des letztern ins alleinige Eigentum des Beschwerdeführers scheinen demnach nicht als vorhanden und es ist daher die angefochtene Inventarisation des Konkursamtes aufrecht zu erhalten, wobei dem Beschwerdeführer ja im Konkursverfahren der Vindikationsprozess vorbehalten bleibt. (Vgl. hiezu Revue Bd. VII Nr. 48.)

(Schweizer Blätter für handelsr. Entsch. XIV, 96.)

---

**97.** *Unfallhaftpflicht. Unanwendbarkeit des Obligationenrechts in Haftpflichtfällen. Art. 62 und 888 O. R.*

**Bern.** Urteil des App.- u. Kass.-Hofes vom 7. Juni 1894 i. S. Gloor c. J. S. B.

Zu konstatieren ist in erster Linie, dass Art. 62 O. R. in casu nur dann zur Anwendung kommen könnte, wenn man es nicht mit einem Unfalle zu thun haben sollte, für dessen Folgen der Beklagte nach Mitgabe der Bundesgesetze über Haftpflicht zu haften hätte; denn neben der auf dieses Gebiet bezüglichen und dasselbe erschöpfend normierenden Spezialgesetzgebung, welche in Art. 888 O. R. ausdrücklich vorbehalten wurde, bleibt für die Anwendbarkeit des Obligationenrechts als jus generale kein Raum und es mag in dieser Beziehung einfach auf die zutreffenden Ausführungen des in der Revue der Gerichtspraxis VI S. 131 ff. mitgeteilten Urteils der Appellationskammer von Zürich i. S. Bucher c. Escher Wyss & Cie verwiesen werden. Namentlich ist hervorzuheben, dass das Maximum von Fr. 6000 auch auf die Fälle der Haftung des Betriebsunternehmers aus eigenem Verschulden oder demjenigen seiner Leute (Art. 1 B.-Ges. vom 25. Juni 1881) Anwendung findet und nur beim Vorhandensein einer strafrechtlich verfolgbaren Handlung auf Seite des ersteren cessiert (Art. 6 das.). Es kann mithin keine Rede davon sein, dass der Kläger das Recht hätte, von der Beklagten neben, bezw. statt einer ihm auf Grund der Haftpflichtgesetze gebührenden eine weitergehende Entschädigung, gestützt auf Art. 62 O. R., zu verlangen.

(Zeitschr. d. Bern. J.-V. XXXI, S. 50.)

---

**98.** *Marque de fabrique. Contrefaçon. Responsabilité des fabricants même agissant sur commande. Loi féd. sur les marques de fabrique du 26 septembre 1890, Art. 24 lit. a, Art. 25.*

**Berne.** Jugement de la Cour d'appel et de cassation du 20 septembre 1894 d. l. c. Stamm c. Gagnebin.

Edouard Gagnebin, fabricant de montres, a frappé sur une certaine quantité de montres livrées par lui à la maison Rüttemann et Klein, à Kempten, une marque de fabrique qui lui avait été commandée spécialement et dont le timbre lui avait été envoyé par cette dernière maison. Cette marque qui porte le nom de „Les Tulipes," a une ressemblance frappante avec une marque déposée sous date du 9 décembre 1886 par la maison Stamm et Cie à La Chaux-de-fonds et enregistrée sous le nom de „La Tulipe." Il n'existe entre elles, au dire

des experts, que des différences de détail, de sorte que l'imitation est indiscutable. Stamm a actionné Gagnebin en concluant à ce que G. doit lui payer des dommages-intérêts à fixer conformément à la loi etc. Gagnebin s'est opposé aux conclusions de la demande; il conteste qu'il ait connu l'existence de la marque du demandeur et prétend qu'il a agi sur l'ordre de Rüttemann et Klein sans intention dolosive. La Cour a prononcé la responsabilité de Gagnebin.

Motifs: La seule question qui se soulève encore est celle de savoir si l'imitation engage en principe la responsabilité du défendeur et doit entraîner sa condamnation à des dommages-intérêts.

L'imitation dont s'agit en l'espèce rentre incontestablement dans la catégorie de celles prévues à l'art. 18 de l'ancienne loi fédérale du 19 décembre 1879 sur la protection des marques de fabrique, et de l'art. 24 lit. a de la nouvelle loi fédérale sur la même matière, du 26 septembre 1890. C'est en mars 1891 que Gagnebin a reçu la commande de R. et K. et c'est depuis le mois d'août suivant qu'il a commencé à l'exécuter. Il n'est pas douteux dès lors que c'est la nouvelle loi qui est applicable, puisqu'elle est entrée en vigueur le 1er juillet 1891. D'après cette loi (art. 25), la contravention peut avoir été commise dolosivement ou bien par simple faute, imprudence ou négligence, et dans tous ces cas l'action civile est recevable.

On peut admettre *a priori*, en l'espèce, que Gagnebin n'a pas agi dolosivement. Il est établi que R. et K. lui ont envoyé le poinçon destiné à la frappe de la marque „Les Tulipes," en lui disant que cette marque était la leur; le défendeur pouvait donc croire qu'il ne commettait aucune imitation. Mais Gagnebin ne peut pas se prévaloir de cette circonstance pour prétendre qu'il n'est pas responsable de l'imitation qui a été commise; il pouvait et devait se renseigner au bureau fédéral de la propriété intellectuelle, qui l'aurait certainement averti que la marque qu'on exigeait de lui ne se distinguait pas par des caractères essentiels de celle déposée par Stamm et que par conséquent il y avait imitation. La prudence la plus élémentaire lui commandait de prendre des informations; en ne le faisant pas, il a agi avec légèreté, il a commis une imprudence qui suffit pour le rendre responsable des conséquences civiles de l'imitation en question.

(Zeitschr. d. Berner J.-V. XXXI, Seite 53 ff.)

---

**99.** *Poursuite en vertu de reconnaissance. Cause de la reconnaissance non mentionnée. Art. 82, 84 L. P. et F. Art. 15 C. O.*[1])

**Genève.** Arrêt de la Cour de justice civile du 6 avril 1895 d. l. c. Levaillant c. Chypre.

Levaillant a fait notifier à Chypre un commandement de lui payer la somme de 180 fr. en vertu d'une reconnaissance ainsi conçue:

Genève, 9 octobre 1887. Bon pour 180 fr.

Chypre, Eugène.

Chypre a fait opposition au commandement en déclarant ne rien devoir, et le Tribunal de 1re instance a débouté Levaillant de sa demande de main-levée provisoire par le motif que la pièce produite par lui ne saurait être considérée comme constituant une reconnaissance au sens de l'art. 84 L. P., aucune cause n'y étant exprimée. La Cour a réformé ce jugement et adjugé à Levaillant sa demande.

Motifs: Considérant que l'art. 15 C. O. dispose que la reconnaissance d'une dette est valable encore que la cause de l'obligation ne soit pas exprimée;

Que la loi sur la poursuite pour dettes ne fait dépendre la validité de la reconnaissance sous seing privé d'aucune autre condition que celles prévues par le Code des Obligations;

Qu'il suit de là, qu'en décidant qu'une reconnaissance, où aucune cause n'est exprimée, ne peut pas être considérée comme constituant une reconnaissance aux termes de la loi de poursuite pour dettes, les premiers juges ont consacré une contravention expresse à l'art. 15 C. O.

(La Semaine judiciaire, XVII [1895] p. 359 s.)

---

[1]) Vgl. Revue XII Nr. 141 und die dortigen Citate.

## A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

**100.** *Art. 56 B.-Ges. über die Organisation der Bundesrechtspflege; Berufung ans Bundesgericht; ist dieselbe gegen kantonalgerichtliche Urteile betreffend Bevormundung zulässig?*

H. ergriff gegen ein kantonalgerichtliches Urteil, durch welches er wegen Geisteskrankheit unter Vormundschaft gestellt worden war, die Berufung an das Bundesgericht. Letzteres trat aber auf dieselbe nicht ein. Gründe:

Nach Art. 56 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege findet die Berufung an das Bundesgericht als Berufungs- und Beschwerdeinstanz gegenüber den Entscheidungen kantonaler Gerichtsbehörden nur in solchen Civilstreitigkeiten statt, welche von den kantonalen Gerichten unter Anwendung eidgenössischer Gesetze entschieden worden, oder nach solchen Gesetzen zu entscheiden sind. Hier handelt es sich nun aber um eine dem kantonalen Rechte unterliegende Streitigkeit, und es ist dieselbe auch von den kantonalen Gerichten ausschliesslich in Anwendung des kantonalen Rechtes entschieden worden. Die Kompetenz des Bundesgerichtes kann nicht etwa mit dem Hinweis darauf begründet werden, dass die Fälle, in welchen ein Entzug oder eine Beschränkung der persönlichen Handlungsfähigkeit stattfinden darf, bundesrechtlich, nämlich durch das Bundesgesetz über die persönliche Handlungsfähigkeit, normiert sind. Denn dieses Bundesgesetz beschränkt sich darauf, die Voraussetzungen zu bestimmen, unter welchen die kantonalen Gesetze den Entzug oder die Beschränkung der persönlichen Handlungsfähigkeit eintreten lassen können, d. h. es bezeichnet bloss diejenigen Thatbestände, welche vom kantonalen Recht als Entmündigungsgründe anerkannt werden dürfen, dagegen enthält es keinerlei positive Normen darüber, wann eine Entmündigung einzutreten habe, sondern überlässt diese Regelung, innerhalb der genannten Schranken, dem kantonalen Rechte (A. S. der b.-g. Entsch. Bd. VIII, S. 846 Erw. 2). Es ist daher die Frage, ob gegebenen Falls ein Entmündigungsantrag begründet sei, in erster Linie nach dem kanto-

nalen Vormundschaftsrecht zu beurteilen und somit die Berufung an das Bundesgericht gegenüber einem kantonalen Entscheid, welcher sich auf diese Frage bezieht, gemäss Art. 56 O. G. nicht zulässig. Insofern aber die Entscheidung der kantonalen Behörde mit der Behauptung angefochten werden will, dass die Verhängung der Vormundschaft auf einem bundesrechtlich unzulässigen Entmündigungsgrunde beruhe, so handelt es sich um eine Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte, welche auf dem Wege des staatsrechtlichen Rekurses anzubringen ist. (Entsch. v. 25. Mai 1895 i. S. Hunziker c. Oberkulm.)

---

**101.** *Art. 56 B.-Ges. betr. Organisation der Bundesrechtspflege. Rechtsmittel der Berufung an das Bundesgericht. Kauf einer Liegenschaft mit Fahrhabe; anwendbares Recht.*

R. hatte von K. ein Gasthaus samt Mobiliar gekauft, dasselbe bald nachher an L. wieder verkauft. Alles vorhandene, zum Wirtschaftsbetrieb gehörige Mobiliar sollte im Kauf inbegriffen sein. Bei seinem Einzuge bemerkte L., dass ein Teil der gekauften Mobilien nicht vorhanden war, indem K. dieselben bei seinem Wegzuge mitgenommen hatte. Als dann R. ihn aus einem andern Geschäfte belangte, erhob er eine Widerklage wegen des fehlenden Inventars und wegen Behinderung im Wirtschaftsbetriebe infolge dieses Mangels. Gegen das die Widerklage teilweise gutheissende kantonalgerichtliche Urteil ergriff R. die Berufung an das Bundesgericht; allein letzteres erklärte sich inkompetent. Gründe:

Die mit der Widerklage geltend gemachte Forderung ist eine solche aus Kauf, und zwar bezieht sich das Kaufgeschäft sowohl auf Liegenschaften als auf Mobilien. Beides, die Liegenschaften wie die Fahrhaben, wurde dem L. auf Grund eines und desselben Vertrages, unter Ansetzung eines Gesamtpreises für alles, übertragen. Dieser Kaufvertrag ist daher rechtlich als ein einheitliches Rechtsgeschäft aufzufassen, und wenn es sich hiebei frägt, ob derselbe ganz als Liegenschafts- oder aber ganz als Mobiliarkauf zu gelten habe, so kann keinem Zweifel unterliegen, dass derselbe als Liegenschaftskauf behandelt werden muss; denn die Veräusserung der Liegenschaften bildete weitaus den Hauptinhalt des Vertrages, während die Ueberlassung der dazu gehörigen Mobilien lediglich als Accessorium zu diesem Hauptgeschäft hinzutrat (s. A. S. der bundesger. Entsch. Bd. XIII, S. 510).

Erscheint aber hienach das Rechtsgeschäft, auf Grund dessen die streitigen Ansprüche des Widerklägers hergeleitet werden, als ein Liegenschaftskauf, so kommt für die Beurteilung derselben, gemäss Art. 231 Abs. 1 O. R., ausschliesslich kantonales Recht zur Anwendung (s. die zitierte Entscheidung des Bundesgerichtes S. 511 Erw. 4 ff.), und es ist somit das Bundesgericht nicht kompetent, auf die vorliegende Berufung einzutreten. (Entsch. vom 5. Mai 1895 i. S. Rothschild c. Lang.)

---

**102.** *Art. 17 O. R. Gültigkeit und Auslegung von Konkurrenzverboten.*

Durch Vertrag vom 1. März 1887 war S. bei D. & Cie als Direktor ihrer Fayencefabrik eingetreten. Der Vertrag enthält u. a. folgende Bestimmung:

„M. S. ne divulguera à quiconque les procédés de fabrication de la maison, et en outre il s'engage à ne s'intéresser ni directement ni indirectement, pendant l'espace de dix ans après son départ, dans aucune autre fabrique similaire en Suisse."

S. ist bei D. & Cie im Juli 1890 ausgetreten und hat im April 1893 mit andern Personen eine Porzellanfabrik bei Genf gegründet.

D. & Cie erblickten darin eine Verletzung der von S. übernommenen Verpflichtung und belangten S. auf Entschädigung und Unterlassung der Porzellanfabrikation. Die Klage wurde aber vom Bundesgericht abgewiesen. Gründe:

Il n'a pas été allégué dans le procès actuel, — et cela évidemment avec raison, — que la clause litigieuse du contrat serait contraire au droit ou à la morale. En effet l'interdiction de concurrence imposée au défendeur s'y trouve restreinte, soit au point de vue du lieu, soit à celui du temps, dans une mesure telle qu'elle ne saurait apparaître, au regard de la jurisprudence du Tribunal de céans, comme une restriction excessive de la liberté individuelle.

La seule question litigieuse entre parties est celle de savoir si S. est intéressé dans une fabrique „similaire" à celle des demandeurs.

A cet égard la jurisprudence et la doctrine admettent d'un commun accord que, dans le doute, les clauses de la nature de celle dont il s'agit doivent être interprétées strictement et en faveur de la liberté. C'est ainsi qu'il a été jugé que l'obligation, contractée par un employé, de ne par-

ticiper à aucun négoce similaire dans le voisinage, n'exclut pas qu'il puisse en établir un lui-même. De même il a été prononcé que l'obligation assumée par un commis, de ne participer pendant un temps donné à aucun commerce similaire, ne doit s'entendre, à moins de stipulation contraire expresse, que du cas où il a lui-même quitté sa place, ou l'a perdue par sa faute. De même les tribunaux ont admis que l'interdiction d'exploiter un négoce dans un lieu déterminé n'empêchait pas de fonder un semblable commerce dans un autre lieu, d'y faire des affaires avec le premier de ces endroits, d'y envoyer des voyageurs etc., que dans le doute l'interdiction de faire concurrence dans une ville déterminée, ne s'étend pas aux faubourgs de celle-ci.

Tout en s'en tenant à ce principe, il va sans dire néanmoins qu'il y a lieu de rechercher avec soin quelle a été la véritable intention des parties, mais que, d'autre part, des stipulations semblables ne sauraient l'être d'une manière dépassant le sens littéral qu'elles comportent, que lorsqu'il existe des motifs péremptoires pour admettre que ce sens littéral n'est pas conforme à la commune intention des contractants. En l'absence de pareils motifs, il est inadmissible d'étendre l'interdiction, au mépris du sens littéral des termes qui la consacrent, à d'autres cas que ceux que cette interdiction vise expressément.[1]) (Entsch. vom 15. Juni 1895 i. S. Swift c. Dégrange & Cie.)

---

**103.** *Art. 17 u. 182 O. R. 1. Konkurrenzverbot in einem Dienstvertrag, Gültigkeit. 2. Konventionalstrafe, Voraussetzung der Ermässigung derselben.*

G. trat auf Grundlage eines Vertrages bei Sch. als Kommis und Reisender ein. Durch den Vertrag verpflichtete sich G., im Falle seines Austrittes in keinem Falle innert 4 Jahren vom Austritt an in ein Konkurrenzgeschäft des Sch. einzutreten, noch ein solches zu gründen, bei einer Konventionalstrafe von 5000 Fr. Vor Ablauf der Vertragsdauer trat G. bei Sch. aus und nahm sofort bei einem Konkurrenten desselben Anstellung. Sch. forderte darauf von G. die Konventionalstrafe und siegte ob. Den Gründen des bundesgerichtlichen Urteils ist folgendes zu entheben:

[1]) Der Entscheid führt dann aus, dass solche Motive in casu nicht bestehen und Fayencefabriken und Porzellanfabriken keine „fabriques similaires" seien.

Wie das Bundesgericht in seinem Entscheide vom 19. Dezember 1891 in Sachen Schwerzmann c. Tschupp (A. S. Bd. 17, S. 721 Erw. 3) ausgeführt hat, bildet eine Verabredung, wonach sich der Angestellte eines Fabrikationsgeschäftes bei Strafe verpflichtet, innerhalb einer gewissen Zeit kein Konkurrenzgeschäft zu betreiben, bezw. nicht in einem solchen thätig zu sein, an sich ein durchaus zulässiges Mittel, um den Geschäftsherrn dagegen zu schützen, dass der in sein Geschäft eingeweihte Angestellte die dabei erworbenen Kenntnisse der Konkurrenz dienstbar mache. Immerhin darf die Beschränkung der freien wirtschaftlichen Bethätigung, die in einem solchen Verbot liegt, nicht so weit gehen, dass dadurch die wirtschaftliche Persönlichkeit des Verpflichteten als aufgehoben oder doch ihrer naturgemässen Bethätigung entzogen erscheint. Eine solche unzulässige Beeinträchtigung muss der Regel nach dann als vorhanden angenommen werden, wenn das Konkurrenzverbot weder zeitlich noch örtlich beschränkt (S. b.-g. Entsch. A. S. Bd. XIX, S. 381 Erw. 4) und dem Verpflichteten dadurch die Möglichkeit überhaupt genommen ist, seine wirtschaftliche Existenz durch Bethätigung in dem erlernten Berufe zu behaupten. Im vorliegenden Falle kann nun aber von einer derartigen unzulässigen Einschränkung nicht gesprochen werden. Aus den Akten geht hervor, dass sich das Konkurrenzverbot nicht auf den vom Beklagten erlernten Beruf bezog; in dem Anstellungsvertrag wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Geschäftszweig des klägerischen Gewerbes demselben völlig neu war und er sich erst in denselben hinein zu arbeiten hatte. Sodann ist dasselbe zeitlich beschränkt und zwar auf die verhältnismässig kurze Zeit von 4 Jahren seit dem Austritt des Beklagten aus dem klägerischen Geschäft. Dazu kommt noch, dass es nur für den Fall des Austrittes gelten sollte, so dass der Kläger sich darauf nicht würde berufen können, wenn er etwa den Beklagten vor Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer entlassen hätte. Unter diesen Umständen kann auch in Anbetracht, dass eine örtliche Beschränkung nicht vorgesehen worden ist, nicht gesagt werden, dass das Konkurrenzverbot eine zu weit gehende Fesselung der wirtschaftlichen Persönlichkeit des Beklagten enthalten habe, abgesehen davon, dass nach vernünftiger Interpretation das Verbot auch in örtlicher Beziehung wohl nicht als unbedingtes aufzufassen war, indem es naturgemäss mit dem Umfang des klägerischen Absatzgebietes eine Grenze finden musste. Ist somit das Konkurrenzverbot als gültig zu betrachten, so bleibt noch

zu prüfen, ob die für dasselbe ausgesetzte Konventionalstrafe nicht wegen übermässiger Höhe herabzusetzen sei. Dies ist jedoch zu verneinen. Die Konventionalstrafe für die Uebertretung des Konkurrenzverbotes findet ihre Rechtfertigung in dem geschäftlichen Interesse, das mit derselben geschützt werden soll. Mit der Konventionalstrafe wollen die Parteien neben dem Präventivzweck, den dieselbe erfüllen soll, den zu leistenden Schadenersatz für die Nichterfüllung der vertraglichen Verbindlichkeit ein- für allemal bestimmt feststellen. Die Schadenersatzforderung wegen Vertragsbruches geht somit in der Forderung auf die Konventionalstrafe auf, und es ist danach klar, dass von Uebermass überhaupt nicht die Rede sein kann, sobald dargethan ist, dass das Interesse des Berechtigten an der Beobachtung des Konkurrenzverbotes die Höhe der Konventionalstrafe erreicht. Nun ist im vorliegenden Falle vom Kläger behauptet worden, dass sein daheriger Schaden den geforderten Betrag sogar überschreite. Diese Behauptung muss als richtig angenommen werden; daraus folgt ohne weiteres, dass die Konventionalstrafe nicht als übermässig erscheint und daher eine Herabsetzung derselben ausgeschlossen ist. Im weitern ist zu beachten, dass die dem Richter in Art. 182 O. R., zweiter Satz, eingeräumte Befugnis eine Einschränkung der dem eidg. O. R. zu Grunde liegenden Regel der Vertragsfreiheit und des an der Spitze des nämlichen Artikels ausgesprochenen Satzes bildet, dass die Parteien die Konventionalstrafe in beliebiger Höhe bestimmen können. Es handelt sich bei der Frage, ob eine Herabsetzung stattzufinden habe, nicht bloss um die Festsetzung des mutmasslichen Parteiwillens, sondern um die Abänderung des vertraglich fest und unzweifelhaft Vereinbarten; die dem Richter in Art. 182 eingeräumte Befugnis hat daher nicht den Sinn, dass derselbe schlechthin, nach Würdigung der Umstände, zu bestimmen habe, in welcher Höhe die Strafe als angemessen und daher zulässig erscheine, vielmehr muss die Parteivereinbarung so lange geschützt werden, als und so weit sie nicht mit den Anforderungen der Gerechtigkeit und Billigkeit in offenbarem Widerspruch sich befindet. (Entsch. v. 28. Juni 1895 i. S. Scheidegger c. Gehrig.)

---

**104.** *Art. 55 O. R. Verwendung eines Kriminalfalls zu einer Novelle; inwiefern kann dieselbe den betreffenden Verbrecher und seine Familie zu einer Schadenersatzklage wegen tort moral berechtigen?*

F. M., Landwirt in der Nähe von F., wurde im Jahre 1891 wegen Mordversuchs gegenüber seiner zweiten Ehefrau zu 7 Jahren Zuchthaus verurteilt. Der Romanschriftsteller R. machte diesen Kriminalfall zum Gegenstand einer Novelle, betitelt „Maison des crimes," in welcher der Held Doulet benannt und demselben auch die Ermordung seiner unbestrittenermassen eines natürlichen Todes gestorbenen ersten Ehefrau zur Last gelegt ist. Die Erzählung wird vom Autor einem Passanten in den Mund gelegt während eines Spazierganges in der Nähe von F. Nachdem die Novelle zuerst in französischen Zeitungen erschienen war, druckte der Beklagte P. dieselbe auch im Feuilleton seiner in F. erscheinenden Zeitung ab. F. M. und seine Kinder erhoben deshalb gegen P. Schadenersatzklage, gestützt auf Art. 55 O. R.; dieselbe wurde aber abgewiesen, vom Bundesgericht im wesentlichen aus folgenden Gründen:

In der Novelle, deren Publikation den Gegenstand der Klage bildet, ist ganz unzweideutig erzählt, dass Doulet den Tod seiner ersten Frau willentlich herbeigeführt habe. Das wird nicht etwa nur als möglich, sondern als wirklich geschehen dargestellt. Ebenso steht fest, dass das Stoffliche der Novelle vollständig dem M.'schen Kriminalfalle und den Gerüchten, die anlässlich desselben umliefen, entnommen ist.

Dagegen ist auf der andern Seite ebenso sicher, dass die inkriminierte Publikation keineswegs den Anspruch erhebt, eine historisch getreue Darstellung des Lebens und der Thaten des M. und seiner Familie zu geben. Sie giebt sich nicht als wahrheitsgemässe Darstellung wirklicher Ereignisse, sondern als Novelle, als litterarisches Kunstwerk, als Werk der Phantasie, welches auf freier, nur durch künstlerische Anforderungen beherrschter Gestaltung des Stoffes beruht, nicht eine getreue Wiedergabe der Wirklichkeit sein soll oder will. Dies zeigt nicht nur der Titel des kleinen Schriftwerks, sondern auch dessen ganze Haltung. Der Verfasser hat seinen Personen erfundene Namen beigelegt und seine Erzählung offenbar auf die künstlerische Wirkung einer Kontrastempfindung berechnet, zu dem idyllischen Frieden der Natur, der landschaftlichen Bühne, auf welcher die Erzählung sich abspielt, das verbrecherische, friedlose Treiben der Menschen, welche diesen anscheinend so ruhe-

vollen Erdenwinkel bewohnen, in Gegensatz gebracht. In dem Gegensatz dieser beiden Elemente liegt das künstlerische Gestaltungsprinzip der kleinen Erzählung, was denn einerseits eine lebhafte, detaillierte Zeichnung des heitern, friedlichen Hintergrundes, andrerseits möglichst düstere oder grelle Töne für die Schilderung des Stückes Menschenleben bedingt, welches auf diesem sonnigen, heitern Hintergrunde sich abspielt.

Die Klage kann daher nicht darauf gestützt werden, dass Kläger in der Novelle als doppelter Mörder bezeichnet sei. Zwar ist richtig, dass M. nicht, wie dies in der Novelle von Doulet erzählt wird, seine erste Frau ermordet hat. Allein es ist festzuhalten, dass die Novelle nicht Geschichte, wirkliche Geschehnisse und Charaktere, sondern eine Fiktion enthält, sodass, trotzdem ja allerdings die M.'sche Sache als Stoff der Novelle gedient hat, doch nicht gesagt werden kann, die inkriminierte Publikation beschuldige den M., seine erste Frau ermordet zu haben. Sie will vielmehr eine nach künstlerischen Gesichtspunkten komponierte Erzählung sein, welche, wenn sie auch einen der Wirklichkeit entnommenen Stoff verarbeitet, doch nicht eine verschleierte Schilderung wirklicher Geschehnisse und bestimmter Personen geben will, sondern lediglich ästhetische Zwecke durch Erzählung eines ausschliesslich nach künstlerischen Rücksichten geformten Handlungsverlaufs verfolgt.

Richtig ist allerdings, dass dem Leser in F. nicht entgehen konnte, dass der M.'sche Kriminalfall als Stoff für die Novelle gedient habe, und man muss sich daher fragen, ob nicht deshalb, weil infolgedessen die Möglichkeit vorhanden gewesen sei, dass die Erzählung der Novelle, wenn auch völlig wider die Absicht des Verfassers, im Publikum als wahrheitsgetreue Schilderung des M.'schen Falles aufgefasst wurde, eine widerrechtliche Verletzung der persönlichen Verhältnisse des M. oder seiner Familie vorliege.

Allerdings ist richtig, dass auch von einem Werk der Fiktion, welches gar nicht darauf angelegt ist, die einzelnen darin dargestellten Thatsachen als wirkliches Geschehnis darzustellen, wenn dasselbe einer bestimmten, namentlich oder sonst unzweideutig bezeichneten Person verächtliche oder auch nur lächerliche Handlungen zuschreibt, das Recht der Persönlichkeit auf Achtung ihres Wertes und ihrer Geltung verletzt werden kann. Die dichterische Freiheit findet in dem Rechte der Persönlichkeit ihre Schranke; es ist nicht erlaubt, eine bestimmte Person zum Urheber auch rein ima-

ginärer, gar nicht als wahr behaupteter Handlungen oder Aeusserungen zu machen, wenn dadurch deren Stellung und Haltung in der Gesellschaft geschmälert werden soll oder auch nur voraussehbarerweise geschmälert werden kann.

Allein im vorliegenden Falle liegt nun dieser Thatbestand nicht vor. Die Stellung des M. in Gesellschaft und Familie war bereits durch seine Verurteilung wegen Anstiftung zum Versuche des Gattenmordes erschüttert. Diese Verurteilung liess ihn als einen Mann erscheinen, welcher der schwersten Thaten fähig sei. Wenn sodann speziell seine Kinder gewiss schweres moralisches Leid erlitten haben, so ist dies auf die Verurteilung des Vaters und was mit derselben zusammenhing, die Gerüchte, welche sich an die schwurgerichtliche Verhandlung und Verurteilung knüpften und erfahrungsgemäss knüpfen mussten, zurückzuführen. Die Behandlung des Falles in einem Werk der Fiktion, welches nicht Beschuldigungen gegen M. erhob, sondern sich als romanhafte, auf Uebereinstimmung mit der Wirklichkeit keinen Anspruch erhebende Bearbeitung des gegebenen Stoffes darstellte, kann dem gegenüber nicht in Betracht fallen.

Möglich mag allerdings sein, dass einzelne Leser, welche zwischen dichterischer Bearbeitung und geschichtlicher Darstellung nicht zu unterscheiden verstehen, die Novelle so auffassten. Allein einerseits würde es doch zu weit gehen, wenn man bei derartiger, wie bei jeder dichterischen Bearbeitung eines der Wirklichkeit entnommenen Stoffes für mögliche, ungewollte Verwechselungen den Verfasser oder Herausgeber verantwortlich machen wollte; anderseits aber ist die ernstliche Verletzung der persönlichen Verhältnisse des M. und seiner Familienglieder, wie sie unzweifelhaft eingetreten ist, jedenfalls nicht die Folge solcher vereinzelter, infolge der Publikation der Novelle etc. eingetretener irrtümlicher Meinungen, sondern die Folge der verbrecherischen That des M., der strafrechtlichen Verurteilung desselben und der unheimlichen Gerüchte, welche sich an die That und das Strafverfahren knüpften. (Entsch. vom 2. Februar 1895 i. S. Maradan c. Philippona.)

---

**105.** *Art. 130, 131, 132 Ziffer 1, 137 O.R. 1. Kompensation laufender mit grundversicherten Forderungen, anwendbares Recht. 2. Kompensation gegen Forderungen aus Kommission. 3. Enthält die Ermächtigung des Schuldners zur Ziehung eines*

*Wechsels auf einen bestimmten Zeitpunkt den Verzicht auf die Verrechnung mit einer inzwischen fällig gewordenen Gegenforderung des Schuldners?*

Aus einem Liegenschaftskauf schuldete L. dem H. auf 1. Mai 1892 eine Abschlagszahlung von Fr. 5000. — an den auf dem Kaufobjekt hypothekarisch versicherten Kaufpreis. H. hatte von L. im Februar und März 1892 zwei Partien Uhrensteine zum kommissionsweisen Verkauf erhalten. Am 7. April rügte L., dass er für die Februarlieferung noch keine Bezahlung erhalten habe, und forderte den H. auf, ihm Rechnung über diejenigen Steine zu geben, welche er behalte, und die übrigen in den nächsten Tagen zurückzuschicken. H. antwortete folgenden Tages, bevor er die Steine, welche er in Konsignation habe, zurückschicke, und die, welche er behalte, bezahle, wünsche er zu wissen, wie L. die am 1. Mai fällig werdende Abschlags- und Zinszahlung zu ordnen gedenke, worauf L. am 9. April erklärte, H. habe vor dem 1. Mai von ihm nichts zu fordern. Am 14. April forderte L. neuerdings prompte Rücksendung der Konsignationsware, worauf H. am 19. April einen Teil derselben zurücksandte und für den übrigen Teil der beiden Sendungen eine Rechnung aufstellte, der zufolge er dem L. Fr. 6256. 55 schuldig geworden wäre. Er ermächtigte den L., für diese Summe auf den 15. Mai eine Tratte auf ihn zu ziehen. Am folgenden Tage gab L. auf H. eine Tratte für den angegebenen Betrag auf 15. Mai 1892 ab. Am 4. Mai forderte H. den L. auf, die auf 1. Mai fällige Schuld von Fr. 6288. 20 aus dem Liegenschaftskauf umgehend zu begleichen, widrigenfalls er die auf den 15. gleichen Monats gestellte Tratte nicht einlösen, sondern das Kompensationsrecht geltend machen werde. L. kam diesem Begehren nicht nach, und der Wechsel ging hierauf am 17. Mai mit Protest zurück. L. cedierte sodann seine Wechselforderung an B. Auf Grund dieser Cession erhob B. Klage mit dem Rechtsbegehren, H. sei zur Zahlung von Fr. 6256. 55 zu verurteilen. H. wendete ein, diese Forderung sei durch Kompensation mit der auf 1. Mai 1892 fällig gewesenen Gegenforderung ihres Rechtsvorfahrs getilgt. Der Kläger bestritt dagegen die Zulässigkeit der Kompensationseinrede. Dem die Einrede schützenden bundesgerichtlichen Urteil entnehmen wir folgendes:

1. Die Kompetenz des Bundesgerichtes zur Beurteilung der vorliegenden Klage ist in Beziehung auf das anzuwendende Recht zunächst insoweit begründet, als die mit der Klage geltend gemachte Forderung auf einer Verkaufskommission

beruht und somit eidgenössischen Rechtes ist. Die Begründetheit dieser Forderung wird nun aber von H. an und für sich nicht in Abrede gestellt, sondern der Streit bezieht sich darauf, ob H. mit seiner Forderung kompensieren könne. Fragt es sich hienach, ob die Zulässigkeit der Kompensation nach eidgenössischem, oder aber nach kantonalem Recht zu entscheiden sei, so ist zunächst klar, dass jedenfalls eidgenössisches Recht insoweit massgebend ist, als der Kläger die Unzulässigkeit der Kompensation aus Art. 132 O. R., also aus dem eidgenössischen Rechte selbst, herleitet. Anders verhält es sich dagegen hinsichtlich des Einwandes, dass die Kompensation mit Rücksicht auf die rechtliche Natur der Gegenforderung als einer grundversicherten ausgeschlossen sei. Nach Art. 130 O. R. bleibt gegenüber den Bestimmungen dieses Gesetzes über das Erlöschen der Obligationen das Recht über grundversicherte Forderungen, welches bekanntlich der kantonalen Gesetzgebung überlassen ist, vorbehalten, und zwar bezieht sich dieser Vorbehalt, wie das Bundesgericht mehrfach ausgesprochen hat (A. S. Bd. XII, S. 630 f.), auf das gesamte, für das Erlöschen solcher Forderungen massgebende, allgemeine und spezielle kantonale Recht. Nach dem kantonalen Rechte muss sich daher beurteilen, ob eine grundversicherte Forderung durch Verrechnung getilgt werden könne, und zwar sowohl, wenn es sich um die Verrechnung mit derselben, als gegen dieselbe handelt. Bezüglich der Frage, ob die Gegenforderung des H. zur Verrechnung tauglich sei, steht somit dem Bundesgericht die Ueberprüfung des kantonalgerichtlichen Urteils nicht zu; nachdem die Vorinstanz erklärt hat, dass der Kläger zwar nachgewiesen habe, dass die Kompensation nach dem hier massgebenden kantonalen Rechte gegen grundversicherte Forderungen, nicht aber auch, dass dieselbe mit solchen ausgeschlossen oder beschränkt sei, ist sonach endgültig entschieden, dass die Gegenforderung des Beklagten zur Kompensation mit dem klägerischen Anspruch verwendet werden kann. Wenn es sich dann im weiteren fragt, ob ein Verzicht auf die Kompensation stattgefunden habe, so handelt es sich hiebei einzig darum, ob bezüglich der Tilgung der laufenden Forderung des Klägers eine Verfügung der Parteien getroffen worden sei, wobei die rechtliche Natur der Gegenforderung vollständig ausser Betracht bleibt. Es ist danach klar, dass diese Frage sich nicht nach dem Rechte, dem die Gegenforderung unterstellt ist, beurteilen kann, sondern einzig nach dem für das Erlöschen laufender Forderungen massgebenden, also nach dem eidgenössischen Rechte.

2. Fragt es sich, ob wegen der besonderen Natur der klägerischen Forderung eine Verrechnung unstatthaft sei, so ist zunächst der rechtliche Charakter dieser Forderung zu bestimmen. Nun kann darüber kein Zweifel sein, dass sich dieselbe als eine Forderung aus Kauf darstellt. Aus dem Briefe des L. an H. vom 7. April 1892 geht hervor, dass es dem letzteren frei stehen sollte, die ihm zum kommissionsweisen Verkauf übersandte Ware auf eigene Rechnung zu übernehmen und als Selbstkäufer einzutreten. Wenn dann H. am 19. April mit L. abrechnete, ohne eine andere Person als Käufer zu bezeichnen, und ihn ermächtigte, für die zurückbehaltenen Waren einen Wechsel auf den 15. Mai zu ziehen, obschon die Zahlungen der Abnehmer laut einer Bemerkung im gleichen Briefe erst nach Monaten zu erwarten waren, so konnte L. nicht im Zweifel sein, dass H. die zurückbehaltene Ware als Selbstkäufer übernehme. Demgemäss hat sich L. denn auch um diese Ware weiter nicht bekümmert und bei der Abtretung seiner Forderung an B. ausdrücklich bemerkt, der Grund der Forderung bestehe in dem Verkauf eines Quantums Edelsteine. Mit Unrecht hat sich daher B. für die Unzulässigkeit der Kompensation auf Art. 132 Ziff. 1 O. R. berufen; denn seine Forderung beruht nicht auf einer Verpflichtung des Schuldners zur Rückgabe oder zum Ersatz widerrechtlich entzogener oder böswillig vorenthaltener Sachen, hinsichtlich welcher die genannte Gesetzesbestimmung eine Verrechnung wider den Willen des Gläubigers ausschliesst, sondern aus dem zwischen L. und H. abgeschlossenen Kaufgeschäft. Uebrigens kann darüber kein Zweifel obwalten, dass auch die Forderungen aus Kommissionsvertrag der Tilgung durch Verrechnung unterliegen; die Befugnis des Schuldners, seine Schulden mit seinem Guthaben zu verrechnen, bildet nach dem Gesetz die Regel und gilt daher unbeschränkt, soweit dasselbe nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt; eine Ausnahme besteht nun hinsichtlich der Forderungen aus Kommissionsvertrag nicht.

3. Es bleibt hienach noch zu untersuchen, ob auf die Verrechnung verzichtet worden sei. Diesfalls handelt es sich nicht etwa um eine blosse Thatfrage, an deren Entscheidung durch die Vorinstanz das Bundesgericht gebunden wäre; denn die Behauptung, dass H. auf die Verrechnung verzichtet habe, stützt sich nicht auf eine ausdrückliche, auf Verzichtserklärung gerichtete Aeusserung des H., so dass die Entscheidung einfach davon abhängen würde, ob dieselbe nachgewiesen sei oder nicht, sondern auf ein konkludentes Verhalten desselben,

nämlich auf die Ermächtigung, auf 15. Mai für die klägerische Forderung eine Tratte zu ziehen. Die Frage, ob H. auf die Kompensation verzichtet habe, beurteilt sich somit danach, welche rechtliche Bedeutung dieser Ermächtigung beizulegen sei, bezw. welche rechtlichen Folgen sich an dieselbe knüpfen, und ist daher durchaus rechtlicher Natur. Für die Interpretation der in Frage stehenden Erklärung H.'s ist nun zunächst hervorzuheben, dass dessen Gegenforderung zu der Zeit, als sie abgegeben wurde, noch nicht fällig war, so dass er damals noch nicht in der Lage war, die Verrechnung geltend zu machen. Es kann sich daher nur darum handeln, ob ein zum voraus erklärter Verzicht vorliege. Ein solcher ist gemäss Art. 139 Abs. 1 O. R. für den Schuldner verbindlich und kann, da das Gesetz eine gegenteilige Bestimmung nicht enthält, auch stillschweigend erklärt werden. Eine stillschweigende Verzichtserklärung ist nach Abs. 2 des citierten Art. 139 dann anzunehmen, wenn der Schuldner, obschon er weiss, dass er eine Gegenforderung hat, Barzahlung verspricht. In diesem Falle, d. h. wenn das Zahlungsversprechen des Schuldners mit der ausdrücklichen Erklärung abgegeben worden ist, dass die Zahlung in barem Gelde erfolgen solle, besteht somit eine Rechtsvermutung dafür, dass auf die Verrechnung Verzicht geleistet werde, und es liegt danach dem Schuldner der Gegenbeweis ob, wenn er behaupten will, sein Versprechen habe diesen Sinn nicht gehabt. Nun ist aber in concreto ein solches Barzahlungsversprechen nicht abgegeben worden. In dem Briefe vom 19. April 1892, in welchem die Klage die Verzichtserklärung erblickt, findet sich eine Erklärung H.'s, dass er den Kaufpreis für die zurückbehaltenen Steine in barem Gelde zahlen werde, nicht, sondern nur die Ermächtigung, für den daherigen Betrag eine Tratte auszustellen. Es fehlt daher die Voraussetzung für die in Art. 139 Abs. 2 O. R. aufgestellte Rechtsvermutung. Danach liegt aber dem Kläger der Beweis dafür ob, dass H. auf die Geltendmachung seiner Gegenforderung habe verzichten wollen. Fragt es sich nun, ob aus den begleitenden Umständen die Ermächtigung zum Trassieren die Annahme dieses Verzichtwillens rechtfertige, so ist zunächst darauf hinzuweisen, dass H. am 8. April dem L. gegenüber erklärt hatte, bevor er seinem Verlangen auf Rücksendung der Steine Folge leiste, wolle er wissen, wie dieser die auf 1. Mai fällige Schuld zu zahlen gedenke. Damit hatte H. seinen Standpunkt mit aller Deutlichkeit bezeichnet, und L. konnte nicht im Zweifel sein, dass

H. die Erfüllung seiner Verbindlichkeit von derjenigen L.'s abhängig machen wolle. Allerdings ist H. dann auf seine Gegenforderung bis nach Fälligkeit derselben nicht mehr zurückgekommen, allein daraus konnte L. nicht den Schluss ziehen, dass er von seinem Standpunkt abgegangen sei; der Umstand, dass H. die Tratte auf den 15. Mai, also auf einen Zeitpunkt nach Fälligkeit der Gegenforderung ausstellen liess, zeigte ihm gerade, dass H. sich nicht etwa bedingungslos verpflichten, sondern gegenteils abwarten wollte, ob L. die am 1. Mai fällig werdende Schuld aus dem Liegenschaftenkauf bezahlen werde. Dieser Möglichkeit begab sich H. durch die blosse Ermächtigung zum Ziehen einer Tratte nicht; eine wechselrechtliche Verbindlichkeit, die ihn in der Geltendmachung seiner Einreden beschränkt hätte, gieng er dadurch nicht ein und versprach auch nicht, eine solche einzugehen; denn es wäre unrichtig, zu behaupten, dass er damit etwa stillschweigend auch zugesagt hätte, die Tratte zu acceptieren. Allerdings kann in der Ermächtigung zur Ausstellung einer Tratte unter Umständen zugleich die Zusage zum Accept liegen, allein im vorliegenden Fall fehlen die Anhaltspunkte, um einen solchen Schluss zu rechtfertigen. Die kaufmännische Uebung, wonach die Zahlung an den auswärts wohnenden Gläubiger der Regel nach durch Wechsel geschieht, spricht dafür, dass mit der vereinbarten Trassierung nicht etwa eine Verschärfung der Verbindlichkeit H.'s bezweckt werden wollte; seiner Erklärung, er sei mit der Ausstellung einer Tratte auf 15. Mai einverstanden, kann vielmehr keine grössere Bedeutung beigemessen werden, als wenn er einfach erklärt hätte, auf diesen Tag Zahlung leisten zu wollen. Nun ist aber klar, dass ein derartiges Versprechen jede Art der Zahlung zulässt, also auch diejenige auf dem Wege der Verrechnung. (Entsch. v. 1. Juni 1895 i. S. Beck c. Heuer.)

---

**106.** *Art. 17, 183 O. R. 1. Ist zur Gültigkeit der Abtretung einer Forderung erforderlich, dass der Betrag derselben in der Abtretungsurkunde genau angegeben wird, und, sofern dieselbe durch einen Bevollmächtigten des Cedenten geschieht, die Bevollmächtigung aus dieser Urkunde ersichtlich ist? 2. Ist ein Vertrag, durch welchen jemand gegen Entgelt auf die ihm gerichtlich zugesprochene Befugnis zur Publikation eines Strafurteils verzichtet und sich verpflichtet, das Begnadigungsgesuch des Verurteilten zu unterstützen, gültig?*

Wegen unrichtiger Strafanzeige war Sch. auf Klage des St. durch Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau am

7. März 1890 des Vergebens der falschen Anklage schuldig erklärt und zu einer Gefängnisstrafe und Busse, sowie zu einer Entschädigung von Fr. 1500. — an St. verurteilt und im weitern erkannt worden, es sei dem St. gestattet, das Urteilsdispositiv in zwei Tagesblättern zu publizieren.

Die von St. gegen dieses Urteil ergriffene Berufung wurde durch Urteil des Bundesgerichts vom 7. Juni 1890 unter Auflage der Kosten an St., sowie einer Parteientschädigung von Fr. 150. — zu Gunsten des Sch. abgewiesen.

Am 14. Oktober 1890 schlossen sodann Sch. und St. folgende Konvention ab:

1. Sch. zahlt dem St. für den Verzicht auf die Publikation und die Zustimmung zur Begnadigung Fr. 1500. —

2. St. verpflichtet sich, die Publikation des Urteils zu unterlassen und seine Zustimmung zu dem von Sch. an den Grossen Rat des Kantons Aargau gerichteten Begnadigungsgesuch zu erteilen.

3. Sollte der Grosse Rat die dem Sch. auferlegte Gefängnisstrafe nicht erlassen, so wird die Entschädigung auf Fr. 1000. — reduziert. Die Bestimmung betreffend Verzicht auf die Publikation bleibt jedoch in Kraft.

In der Folge wurde das Begnadigungsgesuch von Sch. dem Grossen Rate eingereicht, und St. richtete an den letztern eine Eingabe, in der er erklärte, dass er gegen den Erlass der Gefängnisstrafe auf dem Gnadenwege nichts einzuwenden habe. In der That erliess der Grosse Rat dem Sch. die Gefängnisstrafe.

Sch. besass an St. eine grössere Forderung aus Kauf, welche später an A. cediert und von diesem gegen St. eingeklagt wurde. St. bestritt die Gültigkeit der Abtretung, weil in der Abtretungsurkunde der Betrag der abgetretenen Forderung nicht genau angegeben, zudem jene Urkunde nicht vom Gläubiger selbst, sondern nur von einem angeblichen Bevollmächtigten unterzeichnet sei. Eventuell behauptete er, die Forderung sei durch die Konvention vom 14. Oktober 1890 getilgt worden. A. bestritt dagegen die Gültigkeit dieser Konvention, weil dieselbe ein unsittliches Geschäft enthalte. Hierüber hat sich das Bundesgericht folgendermassen ausgesprochen:

1. Zur Abtretung dieser Forderung war keineswegs erforderlich, dass die Ermächtigung des Cedenten zur Verfügung über dieselbe aus der Abtretungsurkunde selbst ersichtlich sei; es genügt, dass die Vollmacht seitens des Forderungsberechtigten überhaupt eingeräumt war.

2. Ebenso unbegründet ist die Behauptung des Beklagten, die Abtretung entbehre der rechtlichen Gültigkeit, weil eine Forderung nur dann vorhanden sei, wenn sie dem Betrag nach bestimmt sei, und eine Abtretung nur für einen bestimmten Betrag erfolgen könne. Die bestimmte Angabe des Inhalts und Umfangs der Verpflichtung ist nach Obligationenrecht, wie überhaupt nach modernem Recht, nur beim Wechsel und ähnlichen Forderungspapieren erforderlich; sonst genügt die blosse Bestimmbarkeit des Inhalts und Betrages der Verpflichtung. Ebenso ist für die Abtretung nicht durchaus notwendig, dass der Betrag der Forderung feststehe. Bei Schadenersatzforderungen wird in der Regel vor deren Feststellung durch Parteivereinbarung oder gerichtliches Urteil der Betrag unbestimmt sein, und doch kann keinem Zweifel unterliegen, dass auch solche zweifelhaften oder bestrittenen Forderungen vor ihrer gerichtlichen Feststellung abgetreten werden können; denn Art. 183 O. R., welcher die Abtretbarkeit der Forderungen normiert, enthält keine Beschränkung in dieser Richtung. Zweifelhaftigkeit oder Bestrittenheit der Forderung ist sonach kein Hindernis der Cession. Es ist daher durchaus unerheblich, dass weder bei der konkursamtlichen Steigerung der streitigen Forderung, noch bei deren Abtretung an Frau Sch. und später an den Kläger deren Betrag nicht, resp. nicht genau angegeben worden ist.

3. Dass weder die von St. noch die von Sch. in der Konvention vom 14. Oktober 1890 versprochenen Leistungen an sich unsittlich sind, ist nicht entscheidend, um die Unsittlichkeit des Geschäfts zu verneinen; denn unsittlich sind nicht bloss diejenigen Geschäfte, in denen direkt Unsittliches versprochen, sondern auch solche, wo ein Vermögensvorteil zu dem Zweck ausbedungen und gewährt wird, um Unsittliches hervorzurufen und zu fördern. Insbesondere erscheinen auch solche Vereinbarungen als unsittlich, durch welche aus gewinnsüchtigen Motiven mittelst Versprechens eines Lohnes Entschlüsse erwirkt werden sollen, die nur der Ausdruck eigener, freier Ueberzeugung sein dürfen (s. Dernburg, Pandekten, 4. Aufl. Bd. II S. 48, Kohler, Archiv für bürg. Recht, Bd. V S. 161 ff., A. Slg. der bundesger. Entsch. Bd. XX S. 611 Erw. 5 f.). Dabei kann auch nichts darauf ankommen, von welcher Partei die Initiative zum Abschluss eines solchen Geschäfts ausgegangen ist. Fragt sich daher, ob die Leistungen, zu welchen sich der Beklagte durch die Konvention verpflichtet hat, nach den heutigen sittlichen Anschauungen nicht Gegenstand eines entgeltlichen Rechtsgeschäfts sein

können, so trifft dies unbedingt bezüglich der Zustimmung zur Begnadigung zu. Es ist zwar selbstverständlich erlaubt, dass jemand, z. B. ein Anwalt, gegen Bezahlung einem Verurteilten ein Begnadigungsgesuch anfertigt und in dessen Namen einreicht, allein unsittlich wäre offenbar ein Geschäft, durch welches ein Mitglied der zur Begnadigung zuständigen Behörde sich gegen Entgelt verpflichten würde, das Begnadigungsgesuch zu befürworten, oder gar für dasselbe zu stimmen. Das gleiche muss aber auch gesagt werden bezüglich Verträgen des Begnadigungspetenten, durch welche dritte Personen demselben gegen Belohnung ihre Hilfe zur Erwirkung der Begnadigung versprechen; denn für den Entscheid über die Begnadigung soll ausschliesslich die freie, gewissenhafte Erwägung der Sachlage massgebend sein. Nun ist klar, dass die Zustimmung des St. zur Begnadigung, wenn sie auch ohne Zweifel kein Erfordernis derselben war, nur zu dem Zweck dem Grossen Rate erklärt werden sollte, um dadurch auf denselben einen Einfluss zu Gunsten des Petenten auszuüben. Es ist somit der Vorinstanz darin beizupflichten, dass dem Beklagten aus der Konvention vom 14. Oktober 1890, soweit er dadurch seine Zustimmung zur Begnadigung gegen Entgelt versprochen hat, keine Forderung erwachsen soll, sondern das Geschäft ein unsittliches und daher nichtig ist.

4. Die Frage, ob die Konvention auch insoweit nichtig sei, als dieselbe ein Entgelt für den Verzicht auf die Publikation des Urteils vom 7. März 1890 gewährte, hängt von dem rechtlichen Charakter der dem Beklagten durch jenes Urteil eingeräumten Publikationsbefugnis ab. Muss nämlich der Publikationsbefugnis der Charakter nicht einer Strafe, sondern einer Privatgenugthuung, also eines civilrechtlichen Anspruchs beigemessen werden, so kann nicht gesagt werden, dass der entgeltliche Verzicht auf dieselbe ein unsittliches Geschäft sei. Dass ein solcher Verzicht nur der Ausdruck eigener, freier Ueberzeugung sein und nicht durch Gewährung eines Entgelts bewirkt werden dürfe, ist eine unbegründete Annahme; denn es liegt durchaus kein Grund vor, den entgeltlichen Verzicht auf ein solches Recht anders zu behandeln, als den entgeltlichen Verzicht auf ein Klagrecht, insbesondere auf eine Strafklage, und nun kann ein begründeter Zweifel nicht obwalten, dass nach den Bestimmungen des eidg. Obligationenrechts der Empfang eines sogenannten Schweigegeldes nicht als unsittlicher Erwerb gelten, sondern ein solches Geschäft nur nach Massgabe von Art. 27 Abs. 2 O. R. angefochten werden kann. Nun kann der dem Beklagten durch

das obergerichtliche Urteil eingeräumten Publikationsbefugnis nach aargauischem Recht der Charakter einer Strafe nicht beigemessen werden. Gestützt auf welche Gesetzesbestimmung dieselbe ausgesprochen worden sei, geht aus dem Urteil nicht hervor; ohne Zweifel gilt aber im Kanton Aargau der Grundsatz, dass der Richter nur auf solche Strafen erkennen kann, welche das Gesetz für das betreffende Delikt ausdrücklich vorsieht und zulässig erklärt. Nun findet sich die Publikation des Strafurteils weder im peinlichen Strafgesetzbuch, noch im Zuchtpolizeigesetz, noch in dem Ergänzungsgesetze dazu unter den zulässigen Strafen, und zwar weder im Kapitel über die Strafarten, noch im speziellen Teile bei irgend einem Verbrechen oder Vergehen, insbesondere nicht bei demjenigen der falschen Anklage. Dagegen enthalten beide Gesetze die Bestimmung, dass in dem Strafurteile nebst der Strafe auch über Genugthuung, Schadens- und Kostenersatz zu erkennen sei. Danach kann aber nach aargauischem Rechte die dem Verletzten eingeräumte Publikationsbefugnis nur als Privatgenugthuung betrachtet werden. Hienach muss die Konvention insoweit als gültig erklärt werden, als Sch. damit ein Entgelt für die Unterlassung der Publikation des Strafurteils versprach. (Entsch. v. 22. Juli 1895 i. S. Stirnemann c. Ackermann.)

---

**107.** *Art. 489 ff., 496 O. R. Mitbürgschaft; Wegfall eines Mitbürgen wegen Ungültigkeit seiner Verpflichtung, Umfang der Haft der übrigen Mitbürgen.*

L. hatte folgenden Bürgschein ausgestellt:

„Der Unterzeichnete, J. L., in P., Waadt, erklärt sich hie-„mit, bei einem Darlehen für O. H., Fr. 10,000.— (zehntausend „Franken), welche G. G. dem O. H. geliehen hat, mit den „übrigen Bürgen F. F. u. Frau F. und V. zum Ochsen in W., „welche sämtlich, solidarisch, im nötigen Fall als Bürgen und „Selbstzahler zu haften haben, in gleicher Weise wie die „übrigen Bürgen zu haften."

Die übrigen Bürgen unterzeichneten einen besondern Bürgschein. Als aber Frau F. aus der Bürgschaft belangt wurde, bestritt sie die Rechtsgültigkeit derselben, da nach zürch. Rechte zur Eingehung persönlicher Schulden einer Ehefrau die Mitwirkung eines ausserordentlichen Vormundes erforderlich, dieses Requisit aber in casu nicht erfüllt sei. Mit Rücksicht hierauf bestritt nun auch L. seine Bürgschaftsverpflichtung, da dieselbe von der rechtsgültigen Verpflichtung

der übrigen drei, in dem von ihm ausgestellten Bürgschein erwähnten Personen abhängig sei. Eventuell machte er geltend, dass er jedenfalls nur für drei Vierteile der verbürgten Summe hafte. In diesem letztern Sinne wurde vom Bundesgericht entschieden. Den Gründen des Urteils entheben wir folgendes:

Des deux moyens principaux invoqués par le recours, celui fondé sur l'erreur dans laquelle L. se serait trouvé en signant l'acte de cautionnement du 3 juin 1890 doit logiquement être examiné en premier lieu, bien que présenté en seconde ligne.

L'erreur dont se prévaut L., consisterait en ce qu'il aurait cru et dû croire, d'après les termes de l'acte du 3 juin, se porter caution solidairement avec trois autres personnes, dont l'une, dame F., se trouve en réalité n'être pas caution. Pour que cette erreur pût entraîner la nullité de l'engagement de L., il faudrait qu'elle apparût comme une erreur essentielle au sens des art. 18 à 20 C. O. Or on ne saurait lui reconnaître ce caractère. Il est évident qu'il ne peut être question d'une erreur sur la nature du contrat, ni sur la chose objet du contrat, ni sur les qualités de cette chose (art. 19, 1°, 2° et 3° C. O.), ni enfin d'une erreur sur la personne avec laquelle L. a contracté (art. 20 C. O.). Mais s'agit-il peut-être, ainsi que le soutient le recourant, d'une erreur sur l'étendue de l'obligation contractée par celui-ci (art. 19, 4° C. O.)? La réponse doit être négative également. L. s'est engagé comme caution solidaire d'une dette de fs. 10,000.—, il a su en s'engageant qu'il pourrait être appelé au besoin à payer la totalité de cette dette; il ne saurait donc prétendre que l'obligation dont l'exécution lui est aujourd'hui demandée, soit plus étendue que l'obligation qu'il a entendu contracter. — En somme, L. n'a pas voulu autre chose que ce qu'il a réellement déclaré vouloir, son co-cautionnement n'est dès lors vicié par aucune erreur essentielle.

Sans doute la considération du co-cautionnement de dame F. a pu influer sur la détermination qu'il a prise de s'engager lui-même comme caution, mais l'erreur dans laquelle il s'est trouvé en prenant en considération un cautionnement qui, en réalité, n'avait pas été donné d'une manière valable, ne peut être envisagée que comme une erreur sur les motifs qui l'ont engagé à contracter, erreur non essentielle et qui n'infirme pas le contrat (art. 21 C. O.).

L'acte de cautionnement du 3 juin 1890 ne pouvant être considéré comme nul pour cause d'erreur essentielle de la caution, peut-il être considéré comme un engagement conditionnel dont la condition ne se serait pas réalisée, en ce sens

que L. aurait entendu ne cautionner que sous la condition que dame F. fût également caution, condition qui ferait aujourd'hui défaut?

Pour que le dit cautionnement pût être considéré comme conditionnel, il faudrait qu'il fût établi que L. a bien effectivement posé la condition dont il se prévaut. Or cette preuve ne résulte ni de l'acte de cautionnement lui-même, ni d'aucune autre pièce du dossier. L'acte de cautionnement porte, il est vrai, que L. s'engage avec les autres cautions. Mais bien que ces mots ne soient pas une simple „mention complétant l'acte et ayant pour but de faire savoir à L. qu'il ne s'engageait pas seul," ainsi que le dit l'arrêt dont est recours, on ne saurait néanmoins y voir une condition d'après laquelle L. n'aurait été engagé que si les autres cautions l'étaient aussi. Rien ne prouve au surplus que L. leur ait attribué ce sens et que son intention ait été de ne s'engager que sous la dite condition. Il aurait pu sans doute mettre cette condition à son engagement, mais il ne l'a pas fait et par conséquent cet engagement subsiste malgré l'absence du cautionnement de dame F.

Il y a lieu d'examiner encore si le cautionnement de L., bien que valable en principe, ne doit cependant pas être réduit en considération du fait que le dit L. ne pourra pas, après avoir payé le créancier, exercer contre dame F. le recours qu'il aurait été en droit d'exercer si elle avait été valablement engagée comme caution.

Le § 1355 de l'ancien code civil du canton de Soleure disposait que lorsque plusieurs cautions sont indiquées dans un acte de cautionnement, mais que toutes ne se sont pas engagées, celles qui ont donné leur garantie ne répondent que de leurs parts proportionnelles de la dette.

Bien que l'ancien code civil du canton de Berne ne renfermât pas de disposition semblable, la Cour d'appel et de cassation de ce canton a admis à réitérées fois sous l'empire de ce code le principe que lorsqu'une caution s'est engagée, sachant (in der Voraussetzung) qu'une autre caution devait s'engager avec elle, qui, en réalité, ne se trouve pas engagée, elle n'est obligée que pour la part de la dette qui lui eût incombé si l'autre caution n'avait pas fait défaut (voir Zeitschrift des bern. Jur.-Ver. V. 19; XII. 77; XIX. 470 et suiv.; XXV. 459; XXVII. 165; comparer dans le même sens un arrêt de la Cour d'appel de Zurich cité par Ullmer, Commentar zum privatrechtlichen Gesetzbuche des Kantons Zürich, Suppl.-Band p. 552—553).

Dans une espèce analogue à celle soumise au Tribunal de céans, le tribunal supérieur de Stuttgardt a jugé que la caution peut opposer à la demande du créancier une exceptio doli pour la part qui eût incombé en définitive à la caution défaillante si elle avait été obligée (voir Seuffert's Archiv, vol. I. nouv. série, n° 140).

La même solution doit être adoptée dans le cas actuel. Le créancier G., en rédigeant lui-même et en demandant à L. de signer l'acte de cautionnement dans lequel il est dit que le signataire s'engage avec d'autres cautions nominativement désignées, a affirmé à L. que ces autres cautions seraient également engagées. L. était fondé à ajouter foi à cette affirmation et à admettre que s'il était appelé à payer la dette cautionnée, il pourrait exercer un recours contre ses co-cautions et spécialement contre dame F. Mais il se trouve que G. a affirmé l'existence d'un cautionnement qui n'existe pas en droit, savoir celui de dame F. C'est donc à lui de supporter les conséquences de cette affirmation erronée, d'autant plus qu'en sa qualité d'habitant du canton de Zurich il savait ou devait savoir que d'après la législation zurichoise, dame F. ne pouvait valablement cautionner sans l'autorisation d'un tuteur *ad hoc*. Or l'inexistence du cautionnement affirmé par G. a pour conséquence que L. ne pourrait, après avoir payé le créancier, exercer contre dame F. le recours sur lequel il était en droit de compter et qu'il aurait pu, selon toute apparence, exercer utilement si dame F. avait été caution, attendu que la solvabilité de celle-ci n'a pas été contestée. La responsabilité de cette conséquence incombant à G., L. doit être placé dans la situation où il se trouverait s'il pouvait exercer son recours contre dame F. Or, dans ce cas, sa garantie serait en définitive réduite de la part du cautionnement qui incomberait à cette dernière, soit d'un quart. La responsabilité de G. doit en conséquence se traduire par une réduction d'un quart du cautionnement contracté vis-à-vis de lui par L. (Entsch. v. 5. Juli 1895 i. S. Lötscher c. Ganz.)

---

**108.** *Art. 525 ff. O. R. Gesellschaft; Anwendbarkeit des eidg. Rechtes, wenn die Gesellschafter Immobilien einzuwerfen haben.*

Die Vereinbarung über die von den einzelnen Gesellschaftern zu leistenden Beiträge untersteht, wie der Gesellschaftsvertrag überhaupt, dem eidg. O.R., und zwar ohne Rück-

sicht auf die Natur der Beiträge; daher beurteilt sich auch die Verpflichtung eines Gesellschafters zur Einwerfung von Immobilien nach eidgenössischem Rechte, während dann allerdings die Frage des Eigentumsüberganges dem kantonalen Rechte angehört. (Entsch. v. 22. Juni 1895 i. S. Huber & Zeller c. Schacht & Burckhardt.)

---

**109.** *Art. 619, 636 u. 671 O. R. 1. Haft der Gründer einer Aktiengesellschaft wegen Verschweigung oder Verschleierung der Uebernahme von Vermögensstücken in den Statuten. 2. Haft des Zeichners von Inhaberaktien für deren Einzahlung trotz Uebertragung der Verbindlichkeit der Einzahlung auf einen andern.*

Durch Bundesbeschluss vom 20. Dezember 1889 wurde dem C. B. namens einer zu bildenden Aktiengesellschaft die Konzession für den Bau und Betrieb einer Bahn auf das Brienzer Rothorn erteilt. Am 26. Mai 1890 wurde dann zwischen C. B. als Vertreter einer „Vorbereitungsgesellschaft“ zu Handen der zu konstituierenden Aktiengesellschaft und der B. B. ein „Finanzierungsvertrag“ abgeschlossen, nach welchem die letztere die Gründung der Aktiengesellschaft für Ausführung und Betrieb des Unternehmens übernahm. Laut diesem Vertrage hatte die B. B. alle auf die Konstituierung und Organisation der Gesellschaft bezüglichen Arbeiten zu besorgen, und das vorgesehene Aktienkapital durch Emission der Obligationen und Aktien zu beschaffen. Dazu wurde ihr die Konzession nebst den darauf bezüglichen Vorarbeiten abgetreten. Die B. B. übernahm die Beschaffung des Baukapitals durch die Emission von Obligationen und von Aktien. Mit Bezug auf die Aktien wurde bestimmt: „Da „die Aktien in echelonierten Raten einbezahlt werden, die „Zeichner der Inhaberaktien aber nach Art. 636 O. R. bis „zur vollständigen Liberierung haftbar bleiben, so ist die „Verpflichtung der B. B. betreffs der Beschaffung des Aktien„kapitals als erfüllt anzusehen, sobald nach vollständiger „Zeichnung die erste Einzahlung von 20 % des Nominalbe„trages der Aktien nebst den Zeichnungsscheinen an die „Gesellschaft überwiesen sein wird.“

Mit der Konstituierung der Aktiengesellschaft wurde letzterer die Bundeskonzession nebst den darauf bezüglichen Vorarbeiten seitens der B. B. gegen eine Vergütung von Fr. 54,000 übertragen. Für die sämtlichen übrigen Arbeiten, Leistungen und Auslagen hat genannte Anstalt von der Rothornbahngesellschaft eine Vergütung von Fr. 170,000 zu beziehen.

Am 29. Mai traten zur konstituierenden Generalversammlung zusammen: F. H. für die B. B., C. B. als Bevollmächtigter von St. & Cie, H. W. für die allgemeine Kreditbank in B. und für die Bankfirma G. & Cie in Zürich, E. W. für sich und als Bevollmächtigter von A. B. und endlich L. als Bevollmächtigter von Th. B. Diese Generalversammlung konstatierte, dass 20 % des Aktienkapitals mit 240,000 Fr. einbezahlt seien, wählte den Verwaltungsrat u. s. w., genehmigte die ihr vorgelegten Statuten, sowie den Vertrag vom 26. Mai 1890 zwischen der Vorbereitungsgesellschaft und der B. B. Am gleichen Tage fanden die schriftlichen Subskriptionen auf die Aktien der Gesellschaft statt. Es wurden gezeichnet:

| | | |
|---|---|---|
| Von der B. B. | 1000 | Aktien. |
| „ St. & Cie | 500 | „ |
| „ G. & Cie | 250 | „ |
| „ E. W. | 200 | „ |
| „ der allg. Kreditbank | 200 | „ |
| „ Th. B. | 200 | „ |
| „ A. B. | 50 | „ |
| Total: | 2400 | Aktien. |

In den Statuten sind der Vertrag mit der B. B. und die der Aktiengesellschaft daraus erwachsenen Finanzierungsverpflichtungen nicht erwähnt. Die Eintragung ins Handelsregister erfolgte auf Grund einer notarialischen Bescheinigung, dass am 29. Mai 1890 die Statuten genehmigt, das Aktienkapital gezeichnet, und 20 % des Aktienkapitals laut der erwähnten Bescheinigung der eidg. Bank einbezahlt seien, am 17. Februar 1892. Hierauf erfolgte durch die B. B. eine öffentliche Einladung zur Subskription des Aktien- und Obligationenkapitals. Die Emission hatte den Erfolg, dass sowohl das Aktienkapital, als das Obligationenkapital mehrfach überzeichnet wurde. Das Obligationenkapital wurde ganz einbezahlt, während auf die Aktien nur die erste Einzahlung von 20 % vollständig geleistet wurde. Die B. B. erhielt auf Grund dieser Einzahlung die ihr vertraglich zugesicherte Summe von Fr. 224,000. Zur Zeit der zweiten Einzahlung auf die Aktien waren bereits Zweifel über die Rentabilität des Unternehmens aufgetaucht, und ein Teil der Zeichner machte keine Einzahlung mehr; die folgenden Einzahlungen wurden immer spärlicher.

Als am 23. Juni 1893 vom Bundesgericht die Liquidation der Brienz-Rothornbahngesellschaft ausgesprochen wurde, standen noch Fr. 175,220 aus.

Der Massaverwalter erhob nun gegen V. E. & Cie als Rechtsnachfolger von St. & Cie und gegen E. W. Klage mit dem Rechtsbegehren, die Beklagten seien solidarisch zur Bezahlung von Fr. 224,000 und von Fr. 175,220 zu verurteilen. Die Klage stützt sich in erster Linie darauf, dass die der B. B. zugesicherten und bezahlten 224,000 Fr. einen besonderen Vorteil zu Gunsten einer bei der Gründung beteiligten Person ausgemacht haben, der nach Art. 619 O. R. in den Statuten der Gesellschaft hätte festgesetzt und in einer nach der Zeichnung des Grundkapitals abgehaltenen Generalversammlung genehmigt werden müssen. Beides sei nicht geschehen. Hieraus ergebe sich die solidarische Schadenersatzpflicht der Gründer gemäss Art. 671 O. R. Der Schaden, den die Gesellschaft erlitten habe, bestehe zunächst darin, dass ihr dieser Betrag entzogen worden sei, und im weitern darin, dass die rückständigen, sich auf 175,220 Fr. belaufenden Aktienbeträge von den Zeichnern der öffentlichen Subskription nicht eingefordert werden können. In zweiter Linie macht die Klage geltend, dass die Beklagten als Subskribenten für die Einzahlungen auf die von ihnen am 29. Mai 1890 gezeichneten Aktien haften. Diese Haftung sei durch die spätere öffentliche Subskription nicht aufgehoben worden. Eine solche Entlastung hätte gemäss Art. 636 O. R. nur erfolgen können, wenn sie in den Statuten vorgesehen gewesen wäre, und dies sei nicht der Fall. Es sei daher auch völlig unerheblich, dass St. & Cie durch den Verwaltungsrat ihrer Verpflichtungen enthoben worden seien.

Das erste Rechtsbegehren wurde abgewiesen, das zweite dagegen insoweit gutgeheissen, dass die Beklagten verpflichtet wurden, die rückständigen Einzahlungen im Verhältnis ihrer Beteiligung an der ersten Subskription zu machen. Der Begründung des bundesgerichtlichen Urteils entheben wir folgendes:

1. Da der Massaverwalter nicht etwa im Namen einzelner Gläubiger, sondern im Namen der Aktiengesellschaft in Liquidation, bezw. der Gesamtgläubigerschaft auftritt, liegt auch keine Ueberschreitung seiner Vertretungsbefugnis vor. Zweifellos wäre der Massaverwalter als solcher nicht berechtigt, die Interessen einzelner Gläubiger zu wahren; er könnte nicht etwa Ersatz eines Schadens fordern, der einem einzelnen Gläubiger z. B. dadurch entstanden wäre, dass er sich infolge von Verheimlichungen bei der Gründung zur Aktienzeichnung hätte verleiten lassen. Vielmehr kann er nur die Rechte der Gesellschaft selbst geltend machen und daher

einen Schaden, den die Gläubigerschaft erlitten hat, nur insoweit einklagen, als derselbe die Folge der Schädigung der Gesellschaft ist. Nun beschränkt sich aber die vorliegende Klage auf die Geltendmachung des der Gesellschaft und damit mittelbar der Gesamtgläubigerschaft entstandenen Schadens, und es ist daher gegen die Legitimation des Massaverwalters nichts einzuwenden.

2. Die Schadenersatzklage stützt sich darauf, dass die Beklagten bei der Verheimlichung der Zuwendung von Fr. 224,000 an die B. B. durch Nichtaufnahme in die Statuten mitgewirkt und dadurch die Schädigung mitverursacht haben. Der Kläger beruft sich diesfalls auf Art. 671 Ziff. 2 O. R., welcher bestimmt, dass sowohl der Gesellschaft selbst, als den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für Schadenersatz haftet, wer bei der Gründung einer Aktiengesellschaft thätig war, wenn er wissentlich dabei mitgewirkt hat, dass eine Einlage, oder die Uebernahme von Vermögensstücken, oder eine Begünstigung einzelner Aktionäre oder anderer Personen entgegen der Bestimmung des Art. 619 Abs. 1 in den Statuten verschwiegen oder verschleiert worden ist. Die Bestimmung dieses Art. 619 Abs. 1 geht dahin, dass in den Statuten genau der Uebernahmspreis festzusetzen ist, wenn ein Aktionär eine auf das Grundkapital anzurechnende Einlage macht, welche nicht in barem Geld besteht, oder wenn Anlagen oder sonstige Vermögensstücke von der zu errichtenden Aktiengesellschaft übernommen werden sollen; sowie, dass in den Statuten gleichfalls jeder besondere Vorteil festzusetzen ist, welcher zu Gunsten eines Aktionärs oder einer andern bei der Gründung beteiligten Person bedungen wurde. Das Gesetz hebt damit besondere, bei der Gründung von Aktiengesellschaften mögliche Vorgänge, die eine Schwächung des Grundkapitals in sich schliessen können, hervor, und verlangt, dass dieselben jedem, der der zu errichtenden Gesellschaft beitreten oder mit ihr in Verbindung treten will, erkennbar gemacht werden, indem sie in die Statuten aufgenommen werden müssen. Derartige Vereinbarungen sind nicht etwa verboten; allein da in denselben eine Schwächung des Grundkapitals und damit der Leistungsfähigkeit der Gesellschaft liegen kann, muss jedem Interessenten die Gelegenheit gegeben werden, sich darüber zu informieren. Ob im einzelnen Fall eine solche Schädigung erfolge oder nicht, ist für die Pflicht der Festsetzung in den Statuten ohne Bedeutung; der legislative Grund der fraglichen Vorschrift liegt darin, dass bei diesen

Vereinbarungen überhaupt eine Gefahr der Schwächung des Grundkapitals besteht, und eine solche Schwächung erfahrungsgemäss gewöhnlich auch eintritt.

Die Zuwendung der 224,000 Fr. an die B. B. bestand einerseits in der Festsetzung eines Uebernahmspreises von 54,000 Fr. für die Konzession, und sodann in der Zuerkennung eines Honorars von 170,000 Fr. für Organisationsarbeiten und Kapitalbeschaffung, welche Summen aus dem Aktienkapital entrichtet werden mussten. Bei der Uebernahme der Konzession könnte sich fragen, ob es sich hier um die Uebernahme eines Vermögensstückes handle, dessen Uebernahmspreis nach Art. 619 Abs. 1 in den Statuten festzusetzen war, oder aber um eine Zuwendung, die sich als besonderer Vorteil im Sinne dieses Artikels darstellt. Da die Ueberlassung der Konzession immerhin einen gewissen Vermögenswert für die Gesellschaft repräsentierte, wird richtiger das erstere anzunehmen sein; indessen ist diese Unterscheidung praktisch ohne Bedeutung, indem für beide Fälle die Festsetzung in den Statuten vorgeschrieben ist. Was sodann das Honorar von Fr. 170,000 anbetrifft, so kommt lediglich in Frage, ob darin ein besonderer Vorteil zu Gunsten eines Aktionärs oder einer andern Person liege, der nach den genannten Gesetzesbestimmungen in den Statuten hätte festgesetzt werden sollen. Die Beklagten behaupten nun, die Zuwendung der 224,000 Fr. falle unter die Kategorie der Gründungskosten, und diese haben mit der Vorschrift des Art. 619 Abs. 1 nicht betroffen werden wollen. Allein dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Die Fassung der Art. 619 Abs. 1 und Art. 671 Abs. 2 des eidg. O. R. lässt einen Zweifel darüber nicht zu, dass auch das Entgelt, das einem Gründer für dessen Leistungen bei der Gründung gewährt wird, unter die daselbst enthaltenen Vorschriften fällt. Einmal beschränkt sich diese Vorschrift nicht auf die Einräumung gesellschaftlicher Vorteile, d. h. solcher Vorteile, welche dem einzelnen Aktionär als solchem gewährt werden. Wie aus dem Wortlaut des Art. 671 Ziff. 2 hervorgeht, wird davon ganz allgemein jede Begünstigung eines Aktionärs oder einer a n d e r n bei der Gründung beteiligten Person betroffen, und nicht etwa bloss die Einräumung einer Sonderstellung gegenüber den andern Aktionären. Der Ausdruck „besonderer Vorteil," der in Art. 619 Abs. 1 gebraucht ist, darf daher nicht in diesem Sinn enge interpretiert werden; er umfasst vielmehr jede Zuwendung, die irgend eine Begünstigung solcher Personen enthält. Es kann somit nicht

darauf abgestellt werden, dass hier nicht ein gesellschaftlicher Vorteil eingeräumt, sondern lediglich eine Kapitalzuwendung bedungen worden sei. Sodann macht das Gesetz keinen Unterschied bezüglich der materiellen Rechtfertigung der Begünstigung. Aus dem Umstand, dass dasselbe nicht, wie die deutsche Aktiennovelle vom Jahre 1884, die Festsetzung des Aufwandes besonders vorschreibt, welcher zur Entschädigung an Aktionäre oder andere für die Gründung oder deren Vorbereitung verwendet wird, darf nicht geschlossen werden, dass diese Gründungskosten überhaupt nicht in den Statuten festgesetzt zu werden brauchen. Die Berufung darauf, dass das frühere deutsche Aktiengesetz vom Jahre 1870, das dem eidg. Obligationenrecht in seinen Bestimmungen über Aktienrecht vorbildlich war, die erwähnte Vorschrift des spätern noch nicht enthalten habe, ist für die Interpretation der Art. 619 und 671 O. R. schon deswegen nicht stichhaltig, weil das letztere gerade hier in seinem Wortlaut von dem Vorbilde abweicht. Während Art. 209 b des deutschen Reichsgesetzes vom 11. Juni 1870 sich dahin ausdrückte, es sei jeder zu Gunsten eines Aktionärs bedungene besondere Vorteil im Gesellschaftsvertrag festzusetzen, verallgemeinert das eidg. Obligationenrecht diese Bestimmung dahin, dass es dieser Vorschrift jede Begünstigung unterstellt, und zwar nicht nur die einem Aktionär, sondern auch die jeder dritten an der Gründung beteiligten Person gewährte. Daraus folgt im weitern, dass die Berufung auf Art. 656 Ziff. 1 des O. R. und auf das Bundesgesetz über das Rechnungswesen der Eisenbahnen, Art. 2, ohne Behelf ist. Denn diese Gesetzesvorschriften beschäftigen sich nicht mit der Frage, ob und inwiefern Gründungskosten in die Statuten aufzunehmen seien, und welche Folgen sich an die Unterlassung knüpfen, sondern sie enthalten nur Bestimmungen, wie solche Kosten, ihre Zulässigkeit vorausgesetzt, in der Bilanz zu behandeln und zu amortisieren seien. Ebensowenig ist die Genehmigung der Statuten durch den Bundesrat von Belang, indem derselbe keinen Entscheid über die Voraussetzungen und Wirkungen des Art. 619 zu geben hatte.

Ein weiteres objektives Erfordernis der Verantwortlichkeitsklage ist, dass durch die Beachtung der erwähnten Vorschriften ein Schaden entstanden sei. Nun kann kein Zweifel darüber obwalten, dass die Aktiengesellschaft thatsächlich einen Schaden erlitten hat; derselbe besteht darin, dass die der B. B. zugewendete Summe der Gesellschaft entzogen, ohne dass dieselbe dafür ein nennenswertes Aequivalent er-

halten hatte, und dass dadurch ihr Grundkapital geschwächt worden ist. In dieser Beziehung stellt die Vorinstanz fest, dass die gesamten Emissions- und Gründungsspesen bei weitem nicht den Betrag ausmachten, den die B. B. sich hiefür ausbedungen hat, nämlich bloss Fr. 14,814. 75, abgesehen von einer Gratifikation von Fr. 20,000, welche C. B. erhielt, u. s. w.

In subjektiver Beziehung setzt die Haftbarkeit der auf Grund von Art. 671 Ziff. 2 belangten Personen voraus, dass dieselben bei der Verschweigung wissentlich mitgewirkt haben. Dass sie Vereinbarungen, deren Festsetzung in den Statuten vorgeschrieben ist, haben kennen müssen, genügt nicht; indem das Gesetz wissentliche Verschweigung voraussetzt, wollte es gerade die Haftbarkeit für fahrlässiges Nichtwissen, d. h. für bloss fahrlässige Uebertretung der einschlägigen Vorschriften ausschliessen. Dagegen genügt es für die Verantwortlichkeit der beteiligten Personen, dass sie Kenntnis von Vorgängen gehabt haben, die der Festsetzung in den Statuten bedurften, und es wird nicht erfordert, dass sie sich der Folgen der Verschweigung oder Verschleierung bewusst gewesen seien, oder dass die Verschweigung oder Verschleierung ihrerseits in böser, schädigender Absicht geschehen sei. Nun hat die Vorinstanz thatsächlich festgestellt, dass bei keinem der drei Beklagten eine Kenntnis von der Abmachung mit der B. B. nachgewiesen sei. Diese Feststellung ist für das Bundesgericht verbindlich, da sie weder auf einem Rechtsirrtum noch auf aktenwidriger Annahme beruht. Bei den Beklagten V. E., die sich bei der konstituierenden Versammlung, in welcher die Statuten genehmigt wurden, haben vertreten lassen, muss sich jedoch weiter fragen, ob denselben eine allfällige Kenntnis ihres Vertreters anzurechnen sei. Es ist kein Zweifel, dass der Vertreter von V. E. & Cie, C. B. in die in Betracht kommenden Verhältnisse vollständig eingeweiht war, denn er hatte ja selbst den Finanzvertrag mit der B. B. abgeschlossen. Ob nun den Vertretenen die Kenntnis ihres Stellvertreters ebenso anzurechnen sei, wie wenn sie diese Kenntnis selbst gehabt hätten, hängt davon ab, ob es sich hier um ein kontraktliches oder ein ausserkontraktliches Verschulden handle. Im ersteren Falle hätten die Beklagten für das schuldhafte Verhalten ihres Stellvertreters einzustehen, da in Vertragsverhältnissen die Willenserklärung des Vertreters auch für den Vertretenen verbindlich ist. Für ausserkontraktliches Verschulden des Vertreters haftet dagegen der Vertretene der Regel nach nicht, und es könnte eine

Haftbarkeit dieses letztern nur insoweit angenommen werden, als das Gesetz dieselbe ausnahmsweise vorschriebe. Dies ist jedoch mit Bezug auf die vorliegende Frage nicht der Fall; insbesondere kann von der Anwendung des Art. 62 O. R., der die Haftbarkeit des Geschäftsherrn für ausserkontraktliches Verschulden seiner Angestellten oder Arbeiter regelt, hier nicht die Rede sein, da keine solchen Angestellten vorhanden sind. Nun handelt es sich im vorliegenden Fall offenbar nicht um ein kontraktliches Verschulden. Durch die Uebertretung der Vorschrift des Art. 619 Abs. 1 O. R. wurde keine vertragliche Verpflichtung verletzt. Man könnte hiebei nur an eine Vertragsverletzung gegenüber der Gesellschaft selbst denken; allein ein Vertrag zwischen den Gründern und der Aktiengesellschaft bestand nicht; denn diese letztere existierte noch gar nicht, sie sollte vielmehr erst gegründet werden und erhielt Persönlichkeit erst durch die Eintragung in das Handelsregister. Das Verschulden des B. stellt sich daher als ein ausserkontraktliches dar, für dessen Folgen seine Vollmachtgeber nur insoweit haften würden, als ihnen ein Einverständnis mit der Handlungsweise ihres Vertreters nachgewiesen wäre, was aber nicht der Fall ist.

3. Gegenüber der Klage aus der Aktienzeichnung der Beklagten können dieselben zunächst mit ihrer Einwendung, dass ihre Aktienzeichnung keine ernstgemeinte gewesen sei, nicht gehört werden. Wer durch Zeichnung von Aktien die Erklärung abgiebt, sich bei der Gründung einer Aktiengesellschaft beteiligen zu wollen, haftet, wenn die Gesellschaft zu Stande gekommen ist, auf Grund dieser Erklärung schlechthin für die Einzahlung des von ihm übernommenen Beitrags zur Bildung des Gründungskapitals und es kommt dabei auf eine gegenteilige Vereinbarung unter den Gründern nicht an. Auch die Aktiengesellschaft selbst kann den Zeichner einer Inhaberaktie von dieser Pflicht nur bis zur Hälfte des Nominalbetrages der Aktie befreien, und auch dies nur dann, wenn diese Entlastung in den ursprünglichen Statuten vorgesehen worden ist (Art. 636 O. R.). Da eine derartige Bestimmung in den Statuten der B.-R.-Bahngesellschaft nicht enthalten ist, ergiebt sich denn auch im weitern die Hinfälligheit der von den Beklagten erhobenen Einrede, dass ihr Rechtsvorgänger, die Firma St. & Cie, von der Verwaltungsbehörde der Bahngesellschaft seiner Verpflichtungen aus dem Zeichnungsschein enthoben worden sei; eine solche Entlassung seitens der Organe der Gesellschaft war angesichts des Art. 636 O. R. vollständig rechtsunwirksam. Auf Grund der

gleichen Gesetzesbestimmung muss auch die Einwendung als unrichtig zurückgewiesen werden, dass die Haftung der ursprünglichen Zeichner durch die nachträgliche, auf Grund der öffentlichen Subskription erfolgte Zeichnung aufgehoben worden sei. Die Aktiengesellschaft ist nicht etwa erst durch diese zweite Zeichnung gegründet worden, sondern auf Grund der ersten. Gestützt auf diese erste Zeichnung hat die konstituierende Versammlung vom 29. Mai 1890 stattgefunden, in welcher die Statuten genehmigt und die Verwaltungsorgane bestellt wurden, und die Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister erfolgte dann auch auf Grund der in dieser Versammlung genehmigten Statuten. Danach stellt sich somit die nachher erfolgte Weiterbegebung der Aktien auf dem Wege der öffentlichen Subskription rechtlich einfach als ein Verkauf derselben seitens der ursprünglichen Zeichner an die neuen Zeichner dar. Der Umstand, dass die Emission unter dem Namen des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft erfolgte, ist dabei ohne Erheblichkeit; denn die Gesellschaft wäre nach Art. 628 O. R. gar nicht berechtigt gewesen, die Aktien zu erwerben, und konnte daher auch nicht rechtsgültig über dieselben verfügen. Handelte es sich aber bei dieser Emission einfach um eine Uebertragung der Aktienrechte seitens der ersten Zeichner an Dritte, so kann nach Art. 636 O. R. kein Zweifel darüber bestehen, dass durch die zweite Zeichnung die Haftbarkeit der ersten Zeichner auf Einzahlung der übernommenen Aktienbeträge nicht aufgehoben werden konnte.

Auch die Einrede der Beklagten, sie müssen aus dem weitern Grunde von der Aktieneinzahlung befreit werden, weil die Massaverwaltung ihnen die entsprechenden Aktienrechte infolge bereits erfolgter Begebung der Aktientitel nicht einräumen könne, kann nicht geschützt werden. Denn in dem Falle, wo die zwangsweise Liquidation über die Aktiengesellschaft eingetreten und der Massaverwalter veranlasst ist, die rückständige Aktieneinzahlung zur Deckung der Passiven einzufordern, hat die Einräumung von Aktienrechten überhaupt keine praktische Bedeutung mehr, da der Massaverwalter zu dieser Einforderung eben nur insoweit berechtigt erscheint, als dies zur Deckung der Passiven erforderlich ist. Für den ausnahmsweise möglichen Fall, dass die eingeforderten Aktienrückstände einen Ueberschuss über die Passiven hinaus ergäben, würde dieser Ueberschuss einfach verhältnismässig an diejenigen Personen zurückzuzahlen sein, welche denselben einbezahlt haben. Die Aktienrechte

der einzahlenden Zeichner werden daher in diesem Fall genügend gewahrt, wenn ihnen für ihre Einzahlung einfach Quittung ausgehändigt wird, welche ihnen als Legitimation für die Rückforderung des allfällig zu viel eingeforderten Betrages dienen würde.

Die Beklagten haften somit für die vollständige Liberierung der von ihnen gezeichneten Aktien. Nun hat nicht festgestellt werden können, in welchem Betrage auf ihre Aktien Einzahlungen stattgefunden haben; unter diesen Umständen müssen die Einzahlungen auf die Gesamtzahl der gezeichneten Aktien berechnet werden. (Entsch. v. 7. Juni 1895 i. S. Massa der Brienz-Rothornbahngesellschaft c. Vest Eckel & Cie.)

---

**110.** *Versicherungsrecht. Verwirkung des Rechts auf die Versicherungssumme wegen nicht rechtzeitiger Zahlung der Prämie; angebliche Umwandlung der Prämienschuld aus einer Bring- in eine Holschuld.*

Am 24. Mai 1889 hatte St. auf die Dauer von 10 Jahren einen Unfallversicherungsvertrag abgeschlossen, in welchem für den Todesfall eine Entschädigungssumme von Fr. 10,000. — vereinbart war. Die Versicherungszeit begann mit 1. Juni 1889, und die Fr. 25. 30 betragende Jahresprämie war „jährlich zum voraus“ zu zahlen. In § 7 der in der Police abgedruckten Versicherungsbedingungen ist gesagt: „Der Versicherungsnehmer ist verpflichtet, die Prämie ohne Aufforderung zu bezahlen. Die Gesellschaft oder ihre Vertreter sind zur Einforderung der Prämie nicht verpflichtet. Wird die jährlich zahlbare Prämie einer laufenden mehrjährigen Police am Verfalltag nicht bezahlt, so bleibt die Verbindlichkeit der Gesellschaft aus dem Versicherungsvertrag während der nächsten 14 Tage noch bestehen, wenn die Prämienzahlung innert dieser Frist erfolgt. Nach Ablauf dieser 14 Tage bleibt die Verpflichtung der Gesellschaft aus dem Versicherungsvertrage ohne weiteres, und ohne dass es dazu einer besonderen Anzeige bedürfte, suspendiert, insbesondere verliert der Versicherungsnehmer die Schadenersatzansprüche an die Gesellschaft für alle seit dem Verfalltage eingetretenen Unfälle. Es steht im Belieben der Gesellschaft, die Prämie noch später anzunehmen oder den Vertrag als aufgehoben zu betrachten.“ Auch in dem Antragsformular, auf Grund dessen die Versicherung abgeschlossen wurde, war die gleiche Bestimmung abgedruckt. Der Generalagent der beklagten Gesellschaft

in L. pflegte die Versicherten in L. und Umgebung jeweilen einige Tage vor Verfall der Prämie auf den Verfall aufmerksam zu machen. Er bediente sich dazu gedruckter Formulare; die Anzeige hatte folgenden Wortlaut: „Erlaube mir, Ihnen hiedurch die Mitteilung zu machen, dass die Prämie Ihrer Unfallversicherungs-Police nächstens fällig wird, und ersuche Sie, mir dieselbe auf Verfall gefälligst franko abliefern zu wollen. Prämienbetrag und Verfallzeit sind aus der Police ersichtlich. Sollte ich vier Tage nach Verfall nicht in den Besitz der Prämie gelangen, so werde ich mir erlauben, Postnachnahme zu entheben.“ Eine solche Anzeige erhielt St. auch im Jahre 1894, einige Tage vor dem Verfalltag der Prämie. St. antwortete mit Postkarte: „Keine Nachnahme nehmen, wird gelegentlich folgen.“ Hierauf erfolgte keine Gegenäusserung von Seite des Agenten, ebensowenig erfolgte die Zahlung der Prämie. Am 20. gleichen Monats, also fünf Tage nach Ablauf der in § 7 der Police festgesetzten Frist, erlitt St. einen Unfall, der seinen sofortigen Tod zur Folge hatte. Die Kläger, welche in dem Versicherungsvertrag als Begünstigte bezeichnet waren, verlangten daraufhin von der Beklagten die Zahlung der Versicherungssumme; diese weigerte sich jedoch unter Berufung auf die erwähnte Bestimmung des § 7 der Versicherungsbedingungen. Dem die Klage abweisenden Urteile des Bundesgerichts entnehmen wir folgendes:

Die Entscheidung über die vorliegende Klage hängt davon ab, ob die beklagte Versicherungsgesellschaft sich mit Recht auf die Verwirkungsklausel des § 7 der Police berufe, wonach der Versicherte, der die Jahresprämie innert 14 Tagen seit dem Verfall nicht bezahlt hat, die Schadenersatzansprüche an die Gesellschaft für alle seit dem Verfalltage eingetretenen Unfälle verliert. Thatsächlich steht nun zunächst fest, dass die Voraussetzungen dieser Klausel im vorliegenden Falle zutreffen; denn es ist unbestritten, dass der Versicherte die mit dem 1. Juni 1894 fällige Jahresprämie innerhalb dieser Frist nicht bezahlt hat, und dass der Unfall seit dem Verfalltage, nämlich am darauffolgenden 20. Juni, eingetreten ist. Dagegen behaupten die Kläger, dass die Beklagte diese Bestimmung im vorliegenden Fall deswegen nicht zur Anwendung bringen könne, weil sie dem Versicherten gegenüber ausser Kraft gesetzt worden sei. Nun ist richtig, dass der Agent der Beklagten die Uebung befolgte, den Versicherten jeweilen vor Verfall der Prämie mitzuteilen, er werde den Betrag derselben durch Nachnahme erheben; da-

durch gewöhnte er die Versicherten, die Einforderung derselben abzuwarten, und die Versicherungsgesellschaft wäre nicht berechtigt, einem Versicherten gegenüber, der im Vertrauen darauf, dass die Prämie dieser Uebung gemäss eingefordert werde, die Frist versäumt hätte, sich auf § 7 der Police zu berufen, und den Versicherungsanspruch als verwirkt zu erklären (s. bundesger. Entsch. Bd. XIX, S. 937 u. f. und Bd. XX, S. 170, Erw. 5 f.[1]); vielmehr stände einem solchen Verfahren die Einrede der Arglist entgegen. Dagegen wurde durch diese Uebung nicht etwa eine Aenderung der ursprünglichen Vertragsbestimmungen in dem Sinne bewirkt, dass die Versicherungsgesellschaft auch fürderhin während der ganzen Vertragsdauer verpflichtet worden wäre, die Prämien einzuziehen, und der Versicherte, die vom Agenten angekündigten Nachnahmen einzulösen, gegenteils war es beiden Parteien unbenommen, sich jederzeit an die Zahlungsbestimmungen der Police zu halten; nur lag der Versicherungsgesellschaft ob, wenn sie dies thun wollte, es rechtzeitig zu erklären, und den Versicherten darauf aufmerksam zu machen, dass fortan die Prämie nicht mehr eingefordert werde. Nun hat in casu der Versicherte selbst erklärt, dass er sich die Erhebung einer Nachnahme für die am 1. Juni 1894 fällige Prämie verbete; er hat selbst verlangt, dass ihm gegenüber dieser Zahlungsmodus nicht angewendet werde, und erklärt, er werde die Prämie bringen; er konnte sich daher nicht darauf berufen, dass er deren Einforderung durch den Agenten abgewartet und deshalb die Frist versäumt habe. Wenn daher die Versicherungsgesellschaft bei nicht rechtzeitiger Prämienzahlung die vertraglich vorgesehene Verwirkung gegen ihn geltend machte, so verletzte sie damit kein Gebot der bona fides. Mit dieser Erklärung hat der Versicherte selbst ausgesprochen, dass er an dem in der Police vorgesehenen Zahlungsmodus festhalten wolle, und es ist hienach nicht erfindlich, weshalb ihn die vertraglichen Folgen des Verzugs in der Prämienzahlung nicht treffen sollten. Davon, dass die Aufforderung, eine Nachnahme nicht zu erheben, und die damit verbundene Ankündigung, die Bezahlung der Prämie werde gelegentlich erfolgen, eine Offerte zur Einführung eines neuen Zahlungsmodus enthalten habe, in dem Sinne, dass dem Versicherten gestattet sein solle, die Prämie gelegentlich, d. h. nach seinem Belieben zu zahlen, kann keine Rede sein, und noch viel weniger, dass das Stillschweigen

[1]) Revue XII, 47; 89.

der Gesellschaft, bezw. des Agenten, als Zustimmung hiezu zu deuten wäre. Der Agent war dieser Erklärung gegenüber zu einer Rückäusserung nicht verpflichtet; er durfte voraussetzen, dass der Versicherte die Vertragsbestimmungen kenne und daher wisse, bis wann die Zahlung zu erfolgen habe, zumal in dem Mahnschreiben noch besonders auf die Bestimmungen der Police hingewiesen worden war. Auch blieb dem Versicherungsnehmer noch ausreichend Zeit zur rechtzeitigen Zahlung, indem die Nachfrist erst 9 Tage später ablief. Falls der Versicherungsnehmer wirklich beabsichtigt hätte, der Gesellschaft zuzumuten, den Zahlungstermin in sein Belieben zu stellen, so würde er sich doch haben sagen müssen, dass sich das Einverständnis derselben zum mindesten nicht von selbst verstehe, so dass er auf eine allfällige Stundung nur rechnen könne, wenn eine ausdrückliche Zusage erfolge. (Entsch. v. 31. Mai 1895 i. S. Stamm c. Unfallvers.-Gesellschaft Winterthur.)

---

**111.** *Eisenbahntransportrecht. Verbot der individuellen Begünstigung bezüglich der Transportkosten; Unverbindlichkeit der gegen dieses Verbot gemachten Zusicherungen.*

Die Eisenbahngesellschaft J.S. hatte dem A. im Dezember 1890 für Langholztransporte bis zur Erstellung einer Holzverladrampe die Krahnengebühr nachgelassen und zwar auf dem Rückvergütungswege. Im Januar 1893 teilte sie dem A. jedoch mit, dass sie mit Rücksicht auf die gesetzlichen Bestimmungen betreffend die Gleichbehandlung Aller diese Vergünstigung nicht mehr gewähren könne, und daher ihr Zugeständnis als erloschen betrachte. Der Kläger beharrte indessen auf dem ihm gemachten Zugeständnis und erhob Klage mit dem Rechtsbegehren, die Beklagte sei verpflichtet, entweder: dieses Zugeständnis in allen Teilen zu erfüllen, oder aber dem Kläger eine Entschädigung zu bezahlen.

Die Klage wurde abgewiesen. Den Gründen des bundesgerichtl. Urteils entnehmen wir folgendes:

Für die Frage, ob die dem Kläger gegebene Zusicherung gültig gewesen sei, ist auf die damals geltende Gesetzgebung abzustellen, und es könnten die von der Beklagten angerufenen Bestimmungen des später erlassenen Transportgesetzes vom 29. März 1893 und des Transportreglementes vom 11. Dezember gl. J. nur insoweit Anwendung finden, als die Zusicherung gültig erteilt worden wäre und es sich sodann darum handeln würde, ob infolge der neuen Gesetz-

gebung die weitere Ausführung derselben unzulässig sei. Das zur Zeit der Erteilung der Zusicherung geltende Transportgesetz vom 20. März 1875 enthielt eine dem Art. 11 des gegenwärtigen Gesetzes analoge Bestimmung nicht. In dieser Beziehung war vielmehr massgebend Art. 35 Ziff. 3 des Bundesgesetzes über den Bau und Betrieb der Eisenbahnen vom 23. Dezember 1872, welcher bezüglich des Tarifwesens bestimmt, die Taxen sollen überall und für jedermann gleichmässig berechnet werden, und die Eisenbahnen dürfen niemandem einen Vorzug in irgend welcher Form einräumen, den sie nicht unter gleichen Umständen allen andern gestatten. Nun liegt unbestreitbar in der Zusicherung, welche die Beklagte dem Kläger am 27. Dezember 1890 erteilt hat, die Einräumung eines besonderen Vorzuges, auf den andere keinen Anspruch hatten. Ein Anhaltspunkt dafür, dass diese Vergünstigung auch anderen unter gleichen Voraussetzungen gestattet worden sei, liegt nicht vor; es handelt sich also in der That um einen individuellen Vorzug, den die Beklagte nach der citierten Gesetzesbestimmung dem Kläger nicht einräumen durfte. Da das Verbot der individuellen Begünstigung ein absolutes ist, so ergiebt sich im weitern, dass die im Widerspruch damit erteilte Zusicherung der Beklagten ungültig ist. Der Kläger hat zwar eingewendet, da die Abweichung vom Tarif nur aus dem Grunde unzulässig sei, weil sie nicht allen, unter gleichen Voraussetzungen, gewährt werde, so sei die Folge der Erteilung einer Privatzusicherung einfach die, dass die Bahngesellschaft diese Begünstigung nun jedermann erteilen müsse, der die gleichen Bedingungen erfülle. Allein dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Damit würde dem Vertrage eine Tragweite beigemessen, die weit über die Willensmeinung der Parteien hinausginge, und in durchaus unzulässiger Weise eine ausnahmsweise eingegangene Verpflichtung verallgemeinert. Auch die weitere Einwendung des Klägers erscheint als unbegründet, die dahin geht, das Verbot der Bevorzugung einzelner beschränke sich auf die eigentlichen Frachtgebühren, und betreffe Privatabkommen hinsichtlich der Nebengebühren, wie z. B. die Vergütung für Benutzung eines Krahns, nicht. Dieser Auslegung steht der bestimmte Wortlaut der fraglichen Gesetzesbestimmung entgegen, welcher einen solchen Unterschied nicht macht, sondern allgemein die Bevorzugung einzelner, in irgend welcher Form, untersagt; eine solche Bevorzugung einzelner, und damit eine Benachteiligung anderer Konkurrenten tritt nun aber offenbar ebensowohl ein, wenn das Privatabkommen

sich auf Nebengebühren, als wenn es sich auf die eigentlichen Frachtsätze bezieht. Im einen wie im anderen Falle wird das Prinzip der Gleichstellung im Wettbewerb, welches dem genannten Verbote zu Grunde liegt, verletzt, und es ist daher, da das Gesetz selbst einen Unterschied nicht macht, das Verbot auch auf die Begünstigung bei Nebengebühren zu beziehen. Wenn dann der Kläger weiter geltend gemacht hat, das Privatabkommen betreffend die Krahnengebühren falle deswegen nicht unter das fragliche Verbot, weil es sich hier um eine Vergütung für mietweise Ueberlassung von Gegenständen der Bahn handle, so ist dies ebenfalls unzutreffend, indem diese Ueberlassung eben zum Zwecke des Transportes zu geschehen hatte, und aus diesem Grunde der gesetzlichen Vorschrift der Gleichbehandlung unterliegt.

Was schliesslich die Frage anbetrifft, ob die Einrichtungen für das Verladen von Langholz auf der Station M. mangelhaft seien, und ob die Beklagte aus diesem Grunde zu verhalten sei, den Verladern von Langholz den Krahnen unentgeltlich zur Verfügung zu stellen, so ist diese Frage verwaltungsrechtlicher Natur, und nicht durch die Gerichte, sondern durch die Administrativbehörden zu entscheiden. (Entsch. v. 21. Juni 1895 i. S. Ackermann c. Jura-Simplon.)

---

**112.** *Art. 7 B.-Ges. betr. Muster und Modelle. Gründe der Nichtigkeit hinterlegter Muster und Modelle; Begriff der Neuheit von Muster und Modellen.*

Nach Art. 7 Ziff. 1 und 2 des Bundesgesetzes betreffend die gewerblichen Muster und Modelle ist eine bewerkstelligte Hinterlegung als nichtig zu erklären:

1) wenn die hinterlegten Muster oder Modelle nicht neu sind, und

2) wenn sie vor der Hinterlegung in gewerblicher Weise bekannt geworden sind. Diese beiden Nichtigkeitsgründe sind nicht identisch; es kann ganz wohl in einem gegebenen Falle der Nichtigkeitsgrund der Ziff. 2, nicht dagegen derjenige der Ziff. 1 vorhanden sein; es kann ein hinterlegtes Muster oder Modell zwar als neues im Sinne des Gesetzes, als selbständige Erfindung des Hinterlegers erscheinen, und dennoch nichtig erklärt werden, wenn es eben vor der Hinterlegung in gewerblicher Weise bekannt geworden ist. Ziff. 2 bildet also nur eine Ausnahme zu der in Ziff. 1 enthaltenen Bestimmung.

Gemäss der vom Bundesgericht in seiner Entscheidung vom 5. Oktober 1894 in Sachen Lips c. Baumann (A. Slg. Bd. XX, S. 1152 Erw. 4) angenommenen Begriffsbestimmung ist ein Muster oder Modell dann als ein neues Erzeugnis anzusehen, wenn es aus eigener produktiver Thätigkeit des Urhebers entstanden, und nicht bereits früher vorhanden gewesen ist, oder von so einfacher Natur erscheint, dass dabei von einer geistigen Thätigkeit überhaupt nicht mehr gesprochen werden kann.

Ist daher auf Grund der kantonalen Feststellung davon auszugehen, dass Muster in den Geflechten ein Relief von origineller durch die frühern Muster nicht erzielter Wirkung hervorbringen, so muss hienach das Requisit der Neuheit als vorhanden betrachtet werden. (Entsch. v. 6. Juni 1895 i. S. Schmid c. Walser & Cie.)

---

## B. Entscheide kantonaler Gerichte.

---

**113.** *Form der Verträge. Requisite der Schriftlichkeit. Art. 10, 12, 231 O. R.*

**Zürich.** Urteil der Appellationskammer des Obergerichts vom 12. Januar 1895 i. S. Ortlieb c. Künzler.

Ortlieb verkaufte dem Künzler eine Liegenschaft und liess von diesem eine von ihm (Ortlieb) geschriebene Kaufsofferte unterzeichnen, worin unter anderm dem Verkäufer deren Annahme binnen acht Tagen vorbehalten und im Fall nicht erfolgender Zusage von ihm eine Entschädigung von 500 Fr. an den Käufer versprochen war. Der Verkäufer nahm das Schriftstück, das er selbst nicht unterschrieb, zu sich und zeigte nach einigen Tagen dem Käufer an, dass er den Verkauf halten wolle. Den Käufer reute aber der Handel und er suchte ihm dadurch zu entgehen, dass er geltend machte, Verträge über Veräusserung von Liegenschaften bedürfen nach § 414 pr. G. B. der schriftlichen Form; diese sei aber nicht erfüllt, da die in Art. 12 O. R. vorgesehene Form des Briefwechsels für Verträge im Sinne jenes § 414 nicht genüge und die Unterschrift des Verkäufers notwendig gewesen wäre, um so mehr, als er sich zu einer eventuellen Entschädigung von 500 Fr. verpflichtet habe. Die erste Instanz trat dieser letztern Auffassung bei, die zweite aber hiess die Klage des Verkäufers gut.

Motive: Nach Art. 231 O. R. gilt für Kaufverträge über Liegenschaften das kantonale Recht, und § 414 pr. G. B. verlangt für solche die schriftliche Form und die Unterzeichnung des in Schrift verfassten Vertrages seitens der Kontrahenten, die sich dadurch verpflichten. Dagegen ist die Frage, ob die schriftliche Vertragsform im einzelnen Falle erfüllt sei, nicht nach zürcherischem Rechte, sondern nach O. R. zu beantworten. Nun wird in Art. 12 O. R. nicht, wie die erste Instanz annimmt, eine einheitliche, in einem Akte geschriebene und von allen sich durch dieselbe verpflichtenden Personen unterzeichnete Vertragsurkunde gefordert, sondern es genügt zur Erfüllung der schriftlichen Vertragsform auch eine alle wesentlichen Punkte des Kaufes umfassende schriftliche Offerte des einen Teils und die ebenfalls schriftliche Annahmeerklärung des andern Kontrahenten. Vorausgesetzt wird nur, dass eine vollständige Einigung der Parteien über alle wesentlichen Punkte des Vertrages vorliege. Dies trifft in concreto zu. In der Kaufsofferte des Beklagten (Käufers) ist das Objekt des Vertrages genügend bezeichnet, sodass über dessen Identität kein Zweifel bestehen kann. Ebenso sind daraus die Kaufbedingungen mit aller Deutlichkeit ersichtlich. Nun enthält zwar die vom Beklagten allein unterzeichnete Offerte nicht nur eine Verpflichtung des letztern, sondern auch eine solche des Klägers, indem dieser für den Fall der Absage binnen der vorbehaltenen Bedenkzeit dem Beklagten eine Entschädigung von 500 Fr. verspricht. Allein die mangelnde Unterschrift des Klägers hindert die Verbindlichkeit des Beklagten in keiner Weise. Uebrigens war für eine derartige Verpflichtung die schriftliche Vertragsform nicht erforderlich; diese war zur Gültigkeit des Liegenschaftskaufes an sich nötig, nicht dagegen für die Rechtsverbindlichkeit der Verpflichtung des einen Kontrahenten für den Fall der Nichthaltung des Vertrages durch denselben.

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch. XIV [1895] S. 94 f.)

---

**114.** *Dommages-intérêts. Mise à l'index par une chambre syndicale. Art. 50 C. O.*

**Genève.** Jugement du tribunal de 1re instance du 28 novembre 1894 d. l. c. Bozino et Vinzio c. Chambre syndicale des ouvriers menuisiers à Genève et autres.

A la suite d'une divergence d'interprétation survenue entre Bozino et Vinzio, maîtres-menuisiers, et leur ouvrier

Ferraris, au sujet d'un article du tarif adopté le 31 décembre 1892 par les chambres syndicales des patrons et ouvriers menuisiers, ces derniers firent appel à leur corporation. Celle-ci délégua trois de ses membres, savoir: Borgel, Faramaz et Jacquet, auprès de B. et V., pour les engager à accepter des propositions au sujet du règlement de la difficulté, en les prévenant que, s'ils refusaient de s'y soumettre, leur atelier serait mis à l'index et déclaré en grève. B. et V. ayant refusé de se soumettre à ces propositions, leur atelier fut déclaré en grève par une affiche apposée sur les murs de la ville en juin 1893. Alors B. et V. ont assigné la Chambre syndicale des ouvriers et Borgel, Faramaz et Jacquet solidairement en paiement de 1000 Fr. à titre de dommages-intérêts à raison du préjudice qu'ils leur auraient causé par la mise à l'index de leur atelier, et de 50 Fr. par chaque jour de grève depuis la date de sa déclaration jusqu'au jour de sa main-levée. Le Tribunal a rendu le jugement suivant:

En ce qui concerne la Chambre syndicale des ouvriers menuisiers:

Attendu qu'elle ne jouit pas de la personnalité juridique; qu'en effet, elle n'est pas inscrite au registre du commerce; qu'il y a donc lieu de la mettre hors de cause.

En ce qui concerne Borgel, Faramaz et Jacquet:

Attendu qu'ils reconnaissent avoir, au nom de la corporation des ouvriers menuisiers, fait une démarche auprès de B. et V. ayant pour but de les rappeler à l'observation du tarif du 31 décembre 1892.

Attendu que cette convention stipule qu'en cas de désaccord, il sera fait appel à la commission mixte d'ouvriers et patrons qui statuera amiablement et que, dans le cas où les parties ne voudront pas se conformer à la décision, elle fera un rapport destiné à éclairer le Tribunal des prud'hommes.

Attendu que B. et V., d'une part, et Ferraris leur ouvrier, d'autre part, ont suivi la procédure tracée par cette convention et que le litige a été porté devant le Tribunal des prud'hommes.

Attendu que la démarche faite auprès de B. et V. par Borgel, Faramaz et Jacquet, bien loin d'être inspirée par le désir de voir cette convention appliquée, avait précisément pour but de substituer violemment, par la menace d'une grève, à la décision du Tribunal des prud'hommes, celle de la corporation des ouvriers menuisiers qui n'avait pas à intervenir dans le débat.

Attendu que Borgel, Faramaz et Jacquet n'ont pas méconnu d'avoir participé à l'élaboration de l'affiche placardée sur les murs de la ville et proclamant la mise à l'index de l'atelier Bozino-Vinzio;

Qu'ils doivent, dès lors, être tenus pour auteurs ou coauteurs de cette publication qui, en faisant croire que B. et V. refusaient de se soumettre à la convention du 31 déc. 1892, alors qu'ils s'étaient soumis à la procédure tracée par elle, et en invitant tous les ouvriers menuisiers à leur refuser leur travail, constituait certainement une voie de fait de nature à les entraver sérieusement dans l'exercice de leur industrie, et à les atteindre dans leur situation commerciale.

Attendu, toutefois, que B. et V. n'établissent pas qu'ils aient subi de ce chef un dommage matériel appréciable;

Qu'il suffira, dans ces circonstances, de condamner solidairement les trois défendeurs, Borgel, Faramaz et Jacquet, à payer aux demandeurs une indemnité de 150 fr.

(La Semaine judiciaire XVII [1895] p. 188 ss.)

---

**115.** *Novation eines erbrechtlichen Anspruchs in eine Schuldforderung durch Teilungsakt. Demgemäss Verjährung nach Obligationenrecht. Art. 142, 146 O. R.*

**St. Gallen.** Entscheid des Kassationsgerichtes vom 22. Dezember 1894.

Am 8. April 1881 starb kinderlos die Frau L. geb. B. Sie hinterliess als Erben ihren Ehemann A. L., einen Bruder und die Kinder von zwei andern vor ihr verstorbenen Geschwistern. Ihr Nachlass, herrührend aus ihrem in die Ehe gebrachten und in der Ehe ererbten väterlichen und mütterlichen Erbteil, bezifferte sich auf Fr. 13,000, welchen Betrag ihr Ehemann A. L. nunmehr der Erbmasse schuldete. Laut Inventar und Teilrechnung vom 8. Juni 1881 erhielt hievon A. L. als Ehegatte die eine Hälfte Fr. 6500; an die übrigen Erbnehmer hatte er die andere Hälfte mit Fr. 6500 zu bezahlen, und zwar an 1. . ., 2. . ., 3. . ., 4. . ., 5. . . An X. Fr. 550, an Y. Fr. 550. Diese Erbbetreffnisse wurden aber von den einzelnen Erben nicht bar zu Handen genommen, sondern beim Ehemann A. L. als Guthaben stehen gelassen. Am 2. Oktober 1893 starb nun auch der Ehemann A. L. Er hinterliess als einzige Erbin die Frau U. Sch., die seinen Nachlass mit Aktiven und Passiven übernahm. Nun klagten X. und Y. gegen die Frau U. Sch. auf Ausbezahlung ihrer Erbbetreffnisse von je Fr. 550. Die Frau U. Sch. erhob gegenüber dieser Klage die Einrede der Verjährung, da seit der Teilung vom 8. Juni 1881 über den Nachlass der Frau

L.-B., bei welcher der jetzt verstorbene Ehemann A. L. den X. und Y. als Erben seiner am 8. April 1881 verstorbenen Ehefrau die Fr. 550 und Fr. 550 schuldig geworden, bis zum Tode des A. L. (2. Oktober 1893) mehr als zehn Jahre verflossen seien, ohne dass diese Guthaben von Fr. 550 und Fr. 550 je eingefordert worden seien.

Das Kantonsgericht verwarf diese Einrede und verurteilte die Frau U. Sch. zur Auszahlung der je 550 Fr. an X. und Y., weil eine wirkliche Teilung im Sinne des Gesetzes nicht stattgefunden habe, vielmehr X. und Y. für ihr Erbbetreffnis von je Fr. 550 durch den Teilakt einen aus erbrechtlichen Verhältnissen entstandenen Anspruch erworben hätten, auf den (weil erbrechtlich) das O. R. Art. 146 nicht anwendbar sei; das massgebende kantonale Recht aber kenne eine Verjährung erbrechtlicher Ansprüche nicht.

Das Kassationsgericht hat dieses Urteil als nichtig erklärt.

In Erwägung: An Stelle der Frauengutsforderung, welche ursprünglich der gesamten Erbmassa als solcher zugestanden war, sind mit dem Teilungsakt vom 8. Juni 1881 infolge Novation die einzelnen Schuldbetreffnisse, wie sie jedem Erbnehmer persönlich aus- und zugeschieden wurden, getreten, und es muss den mehrerwähnten Teilverhandlungen vom 8. Juni 1881, auch wenn eine sofortige Ausbezahlung der einzelnen Erbbetreffnisse in bar nicht erfolgt sein mag, doch die Bedeutung einer gesetzlichen und vollständig perfekt gewordenen Teilung des Nachlasses der Frau L.-B. beigemessen werden. Von diesem Momente an hat das Schuldverhältnis den ihm ursprünglich anhaftenden familien- und erbrechtlichen Charakter für die einzelnen, den Erben zugeschiedenen Betreffnisse verloren und ist durch Novation im Sinne des Art. 142, Ziff. 3 O. R. in ein gewöhnliches obligationenrechtliches Verhältnis der einzelnen Erbnehmer zu dem als Schuldner angewiesenen und von ihnen ausdrücklich als solcher anerkannten Ehegatten A. L. rechtlich umgewandelt worden. Es stand den beiden X. und Y. von eben diesem Momente an die Möglichkeit offen, ihre Erbbetreffnisse gegenüber dem nunmehrigen Schuldner A. L. auf rechtlichem Wege geltend zu machen. Mit dieser Novation ist aber auch dieses neugeschaffene, seines ursprünglichen familienrechtlichen und erbrechtlichen Charakters entkleidete Schuldverhältnis der Herrschaft des kantonalen Rechtes entzogen und den Bestimmungen des O. R. und damit auch der in Art. 146 O. R. aufgestellten Verjährungsfrist unterstellt worden.

(Entscheidungen des Kantonsgerichts u. s. f. i. J. 1894, S. 118 ff.)

---

**116.** *Verjährung. Unterbrechung durch gerichtliche Handlungen. Art. 154 O. R. und Art. 17 des B.-G. betr. Urheberrecht v. 23. April 1883.*

**Luzern.** Urteil des Obergerichts vom 28. Februar 1894 i. S. Eglin c. Synnberg.

Gebr. Eglin klagten gegen A. Synnberg und St. Rüttger vor Bezirksgericht Luzern durch Eingabe vom Januar 1890 auf 200 Fr. Geldbusse, Konfiskation der Nachbildungen ihrer lithographischen Ausgabe der Giebelbilder auf der Luzerner Spreuerbrücke und 3000 Fr. Entschädigung. Das Gericht sprach den Klägern 500 Fr. Entschädigung zu, das Obergericht bestätigte am 31. Dezember 1891 das Urteil grundsätzlich, verwies aber die Ermittlung der Summe an das Civilgericht. Ein hiegegen von den Beklagten eingelegter staatsrechtlicher Rekurs wurde vom Bundesgericht am 10. Juni 1892 abgewiesen. Schon am 31. März 1892 hatten Kläger beim Obergericht ein Erläuterungsbegehren eingereicht, das nach Erledigung des staatsrechtlichen Rekurses am 15. Oktober 1892 behandelt und abgewiesen wurde. Am 10. August 1893 reichten Kläger beim Gerichtspräsidenten von Luzern die Klage auf Zahlung von 3000 Fr. gegen die Beklagten ein. Diese beantragten Abweisung der Klage als verjährt gemäss Art. 17 des B.-Ges. über Urheberrecht; Kläger hätten nämlich schon am 14. Mai 1889 (Strafklagedatum) Kenntnis von der Nachbildung gehabt, die selbständige Civilklage sei also vom 14. Mai 1890 an nicht mehr zulässig gewesen. Wolle aber die Litispendenz der Entschädigungsforderung im Polizeistrafprozesse als Grund für Ausschliessung von Art. 17 cit. angenommen werden, so wäre jedenfalls der Ausgangspunkt der Verjährungsfrist das Datum der Zustellung des obergerichtlichen Urteils, das den Entschädigungsanspruch an den Civilrichter gewiesen habe. Der Rekurs an das Bundesgericht könne daran nichts ändern, denn das obergerichtliche Urteil habe trotzdem sofort die Rechtskraft beschritten und der staatsrechtliche Rekurs gehöre nicht zu den Rechtsmitteln mit Suspensiveffekt. — Die Verjährungseinrede wurde von den kantonalen Instanzen zurückgewiesen; vom Obergericht mit folgenden Motiven:

Es kann jedenfalls das Datum der Erhebung der Strafklage nicht zum Anfangspunkt einer Verjährungsfrist für die Civilklage gestempelt werden, indem eben erst in dem durch die Strafklage veranlassten Prozess von der zweiten Instanz erklärt wurde, dass die Höhe der Entschädigung auf dem Wege des Civilprozesses zu ermitteln sei.

Ein Strafurteil des Obergerichts muss nun allerdings, abgesehen von dem Rechtsmittel des staatsrechtlichen Rekurses an das Bundesgericht, als sofort rechtskräftig geworden betrachtet werden. Allein anch diesem Rechtsmittel kann ein Suspensiveffekt gegen kantonale Urteile nicht zuerkannt werden. Darauf ist jedoch nicht abzustellen. Mit Rücksicht auf die ratio legis, die bei der Klagverjährung überhaupt gilt, muss man vielmehr sagen, dass die Verjährung auch im vorliegenden Falle noch nicht gelaufen sei zu der Zeit, da die Sache vor Bundesgericht, wenn auch nur auf dem Wege des staatsrechtlichen Rekurses, noch anhängig war, wenn auch von keiner Seite eine Verfügung des Bundesgerichtspräsidenten im Sinne von Art. 63 des Org.-Ges. erwirkt wurde. Es wird darnach nicht sowohl die gegebene Beantwortung der Frage entscheidend sein, ob dem staatsrechtlichen Rekurse Suspensiveffekt zukomme oder nicht, als vielmehr die allgemeine Bestimmung des O. R., welche die Verjährung durch Anhebung der Betreibung, durch Klage oder Einrede vor einem Gerichte unterbrechen lässt (Art. 154 Ziff. 2 O. R.). Allerdings erhoben die Beklagten ihrerseits den staatsrechtlichen Rekurs, aber auch die Kläger bethätigten sich für ihr rechtliches Interesse durch ihre Opposition gegen den Rekurs. Mit diesen Thatsachen sind offenbar für die Zeit der Litispendenz vor Bundesgericht die Voraussetzungen des Art. 154 cit. gegeben und muss, wenn auch mit Rücksicht auf das obergerichtliche Urteil schon actio nata vorhanden war, doch für jene Zeit die Unterbrechung der Verjährung angenommen werden. Es kann darnach für die Berechnung der einjährigen Verjährungsfrist erst das bundesgerichtliche Urteil als ausschlaggebend in Betracht kommen, und zwar kommt es dafür auf das Datum der Zustellung des Urteils an. Die Beklagten haben in erster Instanz nicht behauptet, dass von Zustellung des bundesgerichtlichen Urteils an bis zur Einreichung der vorliegenden Entschädigungsklage mehr als ein Jahr verflossen sei, sie haben überhaupt kein Datum der Zustellung erstinstanzlich genannt. In zweiter Instanz haben die Beklagten allerdings hierüber Bescheinigungen beigebracht, das Gericht kann aber darauf keine Rücksicht mehr nehmen, weil der Appellationsrichter auf Grund der gleichen Akten zu urteilen hat, die auch schon beim Urteil des Bezirksgerichts das urkundliche Prozessmaterial bildeten.

(Verhandl. des Obergerichts v. J. 1894, S. 29 ff.)

---

**117.** *Vente. Marchandise livrable franco confisquée pour contrebande. Responsabilité du vendeur. Art. 233, 111 et 116 C. O.*

**Neuchâtel.** Jugement du Tribunal cantonal du 4 avril 1895 d. l. c. Châtelain c. Benoit.

En 1891 et 1892, A. Benoit, à la Chaux-de-fonds, a fait à Châtelain, à St.-Pierre-Eglise (Manche), divers envois de montres; ces envois ont eu lieu franco, à titre de vente, et l'acheteur en a payé le prix. Dans le courant de l'hiver 1892—1893, l'administration des douanes françaises fit faire des perquisitions judiciaires chez de nombreux horlogers domiciliés en France et saisit aussi chez Châtelain vingt montres provenant de Benoit, dont dix-huit ont été confisquées par jugement du tribunal correctionnel de Montbéliard du 20 novembre 1893 „comme ayant été introduites en France en fraude des droits par le sieur Benoit.“ Châtelain, se fondant sur les articles 50, 51, 55, 232 et 233 C. O., réclame à Benoit le remboursement du prix des montres confisquées, par 571 fr., et une indemnité de 500 fr. Le Tribunal cantonal a admis la demande en réduisant toutefois à 150 fr. l'indemnité réclamée de 500 fr.

Motifs: Attendu qu'il n'existe aucun doute que l'introduction des montres en contrebande est le fait de Benoit, et que Châtelain est demeuré étranger aux actes de contrebande de Benoit;

Attendu que l'art. 233 al. 2 C. O. dispose que le vendeur est présumé avoir pris à sa charge les frais de transport, s'il a été stipulé que la livraison aurait lieu franco, et que les frais de transport comprennent les droits de sortie, de transit et d'entrée;

Attendu que les factures de Benoit portent la mention „franco“, et que Benoit avait ainsi l'obligation de prendre à sa charge les frais de douane, ce que, du reste, il ne conteste pas;

Attendu qu'en faisant entrer les montres en fraude des droits de l'Etat, Benoit s'est soustrait, par un acte illicite, à une obligation conventionnelle dont il s'était chargé;

Qu'il doit être reconnu responsable, selon les articles 110 et 116 C. O., du préjudice qui a pu être prévu au moment du contrat comme une conséquence immédiate de l'inexécution de ce contrat.

Attendu que Châtelain a été, par la faute de Benoit, impliqué dans une instruction pénale et que son magasin a été l'objet d'une perquisition de Justice, — circonstances qui étaient de nature à nuire au crédit et à la réputation de Châtelain;

Qu'il paraît équitable de lui accorder de ce chef une indemnité spéciale de 150 fr., en application de l'art. 116 al. 3 C. O.

(Jugements du Tribunal cantonal, III p. 721 ss.)

Bemerkung der Redaktion. Ob die Art. 233, 110 und 116 hier massgebend seien, dürfte beanstandet werden. Dem Käufer gegenüber hat der Verkäufer seine Verpflichtungen aus dem Vertrage erfüllt, der Käufer ist mit keinen Kosten behelligt worden, die wegen Frankolieferung dem Verkäufer zur Last fielen. Einzig anwendbar wären wohl die Art. 50 f. gewesen, kraft deren der Verkäufer dem Käufer zum Ersatze seines Verlustes verpflichtet war.

---

**118.** *Darlehen. Rückzahlungstermin. Art. 336 O. R.*

**Baselstadt.** Urteil des Civilgerichts vom 6. April 1895 i. S. Bürgin-Zandt c. Zandt.

Mina Zandt stand bei ihrer Schwester und deren Ehemann im Dienst. Als ihr Vormund auf Vergütung der geleisteten Dienste drängte, rechneten die Eheleute Bürgin mit ihm ab und stellten am 15. Februar 1893 folgenden Schuldschein aus:

Wir Endesunterzeichnete bezeugen hiemit von unsrer Schwester und Schwägerin Fräulein Mina Zandt ein Kapital von Franken sechshundert in Handen zu haben, welchen Betrag wir derselben spätestens bei deren Verehelichung oder aber auch bei eventuellem Verkaufe unsrer Liegenschaft (Gasthaus zu drei Königen in Kleinhüningen) mit 4% Zinsen vom 1. Januar 1893 an gerechnet in barem Gelde ausbezahlen werden.

(sig.) Wilh. Bürgin
„ Frau Bürgin-Zandt.

Im folgenden Jahre betrieb die Gläubigerin die Eheleute Bürgin für diese Summe; letztere versäumten den Rechtsvorschlag und mussten daher bezahlen; sie forderten nun gemäss Art. 86 B.-Ges. über Schuldbetreibung das Gezahlte als Nichtschuld zurück, indem sie geltend machten, das Schuldversprechen sei ein bedingtes gewesen und die Bedingung (Verehelichung der Mina Zandt oder Verkauf der Liegenschaft) noch nicht eingetreten, eine Schuld liege also nicht vor; zum mindesten sei die Schuld befristet und der Termin noch nicht gekommen, somit auch in diesem Fall Nichtschuld vorhanden. Das Gericht verwarf diese Auffassung und wies die Kläger mit ihrer condictio ab.

Motive: Der Schuldschein enthält kein bedingtes Schuldversprechen. Kläger bekennt ein Darlehn von Fr. 600 von der Beklagten empfangen zu haben. Es soll spätestens, dann aber auch ohne weiteres, mit dem Eintritt eines von zwei ungewissen Ereignissen: Verkauf des Hauses des Klägers oder Heirat der Beklagten, zurückzahlbar sein. Im übrigen ist ein Verfalltag nicht vereinbart, es tritt also die Regel des Art. 336 O. R. ein, dass es innerhalb sechs Wochen von der ersten Aufforderung an zurückzuzahlen ist.

---

**119.** *Jugement de séparation de corps sujet à révision lorsqu'il survient des faits nouveaux d'une suffisante gravité.*

**Vaud.** Jugement du Tribunal cantonal du 21 décembre 1894 d. l. c. Epoux Schenk.

Le 14 mars 1894, le tribunal civil du district de Lausanne a prononcé une séparation de corps de deux ans entre les époux Schenk et a dit que, en ce qui concerne les enfants, ils seraient confiés à leur mère pendant la séparation de corps. Par exploit du 23 octobre 1894, Frédéric Schenk a assigné Louise Schenk devant le tribunal en concluant à ce qu'il soit prononcé que les deux enfants issus du mariage sont confiés dès à présent à leur tante P. Stenacher née Schenk. Le tribunal lui a accordé ses conclusions, en se fondant sur le motif qu'à l'audience du 14 mars, dame Schenk était enceinte et n'a fait part de cette circonstance ni à son mari ni à la Cour; que dès lors elle a gardé le silence sur ce point et le 30 août elle est accouchée d'un garçon sans le faire savoir à Frédéric Schenk; que la grossesse et l'accouchement sont des faits nouveaux suffisamment graves pour autoriser des modifications au jugement de séparation de corps; que Frédéric Schenk paraît être en position de pourvoir, soit par lui, soit par ses parents, à l'entretien et à l'éducation de ses deux filles, tandis que dame Schenk, ayant à sa charge un tout jeune enfant, pourrait moins facilement s'occuper des deux aînées. — Le Tribunal cantonal a confirmé ce jugement.

Motifs: Considérant que soit en matière de divorce, soit en matière de séparation de corps, le juge doit, pour prononcer sur le sort des enfants issus du mariage, s'inspirer de la question de savoir quel est l'intérêt, quel est le plus grand avantage de ceux-ci;

Qu'un tel prononcé étant susceptible de subir des modifications en matière de divorce lorsque les circonstances dans les-

quelles se trouvent les époux viennent à changer ou lorsqu'il survient des faits suffisamment graves pour motiver une révision partielle du jugement, il doit en être de même lorsqu'au lieu du divorce, le tribunal a accordé une séparation de corps;

Qu'ainsi, au cas où l'intérêt des enfants l'exige, le jugement prononçant la séparation de corps peut être revue sur ce point.

Considérant, au fond, que c'est avec raison que le tribunal a considéré le fait par dame Schenk d'avoir caché d'abord sa grossesse, puis ensuite son accouchement, comme des circonstances suffisamment graves pour entraîner une modification dans la situation des enfants;

Considérant, quant à l'entretien des enfants, que le tribunal, en se plaçant toujours au point de vue du plus grand avantage de ceux-ci, a estimé, après avoir entendu les explications des parties, que c'était le père qui pourrait le mieux se charger de ce soin.

(Journal des Tribunaux XLIII [1895] p. 86 ss.)

---

**120.** *Pfandverwertung. Statthaftigkeit der Verkürzung der hiefür gesetzlich aufgestellten Frist durch den Schuldner. Art. 116 B.-Ges. über B. und K.*

**Luzern.** Entsch. der Justizkommission vom 13. September 1894.

J. B., dessen Liegenschaft infolge Betreibung gepfändet worden, verzichtete auf die Innehaltung der in Art. 116 des B.-Ges. über Betr. und Konkurs festgesetzten Frist von sechs Monaten und verlangte die sofortige Verwertung der gepfändeten Liegenschaft. Der Gläubiger war damit einverstanden. Das Konkursamt und die untere Aufsichtsbehörde wiesen aber dieses Begehren ab. Die Justizkommission liess es zu.

Motive: Abgesehen davon, dass der Schuldner gemäss Art. 33 B.-Ges. darauf verzichten kann, die Nichtbeachtung einer Frist geltend zu machen, ist darauf zu verweisen, dass die Bestimmung des Art. 96 B.-Ges., wonach der Schuldner bei Straffolge jeder vom Betreibungsbeamten nicht bewilligten Verfügung über die gepfändeten Vermögensstücke sich zu enthalten hat, nur generellen Charakter hat. Es darf sogar angenommen werden, der Schuldner könne die gepfändete Liegenschaft verkaufen; bei der Abfertigung müssten allerdings die dieser entgegenstehenden Hindernisse (Betreibungen u. s. w.) berücksichtigt werden, speziell nebst den

Hypothekarschulden die Forderungen gedeckt sein, die auf dem Betreibungswege Pfandrechte erworben haben.

Wenn demnach dem Schuldner durch die Pfändung der Liegenschaft nicht ohne weiteres alle Verfügungsrechte über dieselbe benommen sind, so darf hieraus mit Recht geschlossen werden, er könne auf die für die Verwertung bestimmte sechsmonatliche Frist verzichten und die vorherige Anordnung der Verwertung verlangen. Eine gegenteilige Verfügung der Exekutionsbeamten oder der Aufsichtsbehörden müsste allerdings da eintreten, wo durch ein solches Vorgehen den Interessenten Schaden erwachsen könnte. Im konkreten Falle liegen aber für die Annahme eines solchen Hindernisses keine Anhaltspunkte vor.

(Verhandl. des Oberger. und der Justizkomm. v. J. 1894 S. 140 f.)

# I. Alphabetisches Sachregister.

---

# II. Gesetzesregister.

*1. Obligationenrecht.*

*II. Bundesgesetz betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit*, vom 22. Juni 1881.

Art. 6 Nr. 42.

*III. Bundesgesetz betreffend Feststellung und Beurkundung des Civilstands und die Ehe*, vom 24. Dezember 1874.

Art. 15, 18 Nr. 68.

*IV. Bundesgesetz betreffend die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter*, vom 25. Juni 1891.

Art. 19, 20, 37 Nr. 89.

*V. Bundesgesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Litteratur und Kunst*, vom 23. April 1883.

Art. 1 Nr. 44. Art. 17 Nr. 116.

*VI. Bundesgesetz betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken*, vom 26. September 1890.

Nr. 58. Art. 24 f. Nr. 98.

*VII. Bundesgesetz betreffend die gewerblichen Muster und Modelle*, vom 21. Dezember 1888.

Nr. 24. 59. 112.

*VIII. Bundesgesetz betreffend Bau und Betrieb der Eisenbahnen*, vom 23. Dezember 1872.

Art. 35 Nr. 111.

*IX. Bundesgesetz betreffend den Transport auf Eisenbahnen*, vom 20. März 1875.

Nr. 111.

*X. Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht der Eisenbahnen bei Tötungen und Verletzungen*, vom 1. Juli 1875.

Art. 12 Nr. 28.

*XI. Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb*, vom 25. Juni 1881.

Art. 6 Nr. 69.

*XII. Bundesgesetz betreffend Organisation der Bundesrechtspflege*, vom 27. Juni 1874.

| | | | |
|---|---|---|---|
| Art. 56 | Nr. 1. 2. 40. 41. 74. 100. 101. | Art. 59 | Nr. 4. 41. |
| | | „ 60 | „ 41. |
| „ 58 | „ 2. 3. | „ 83 | „ 5. |

*XIII. Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs,* vom 11. April 1889.



# III. Register nach Kantonen geordnet.

**St. Gallen.**

Nr. 36 (Art. 285, 260 B.-G. über Schuldbetreibung und Konkurs). — Nr. 37 (Art. 67, 111, 146 ff. B.-G. über Schuldbetreibung und Konkurs). — Nr. 64 (Art. 142 O. R. Art. 165 B.-G. über Schuldbetreibung und Konkurs). — Nr. 71 (Art. 734, 811 O. R. und Art. 182 B.-G. über Schuldbetreibung und Konkurs). — Nr. 72 (Art. 92, 219, 224 B.-G. über Schuldbetreibung und Konkurs). — Nr. 115 (Art. 142, 146 O. R.).

**Graubünden.**

Nr. 63 (Art. 35 O. R.). — Nr. 69 (B.-G. vom 25. Juni 1881 Art. 6).

**Thurgau.**

Nr. 29 (Art. 182 O. R.). — Nr. 94 (Art. 542 O. R.).

**Vaud.**

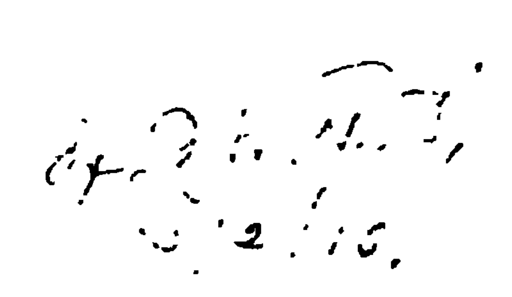
Nr. 25 (Art. 1 C. O.). — Nr. 32 (Art. 310 C. O.). — Nr. 70 (Art. 249, 250 L. P. et F.). — Nr. 93 (Art. 488 C. O.). — Nr. 119 (séparation de corps).

**Neuchâtel.**

Nr. 34 (Art. 552 C. O.). — Nr. 117 (Art. 233, 111, 116 C. O.).

**Genève.**

Nr. 30 (Art. 225 s. C. O.). — Nr. 39 (Art. 287 L. P. et F.). — Nr. 68 (Art. 15, 18 L. féd. sur l'état civil). — Nr. 73 (Art. 287 s. L. P. et F.). — Nr. 91 (Art. 60, 67 C. O.). — Nr. 95 (Art. 564 C. O.). — Nr. 99 (Art. 82 ss. L. P. et F.). — Nr. 114 (Art. 50 C. O.).



38(4)

# Revue

der

# Gerichtspraxis im Gebiete

des

# Bundescivilrechts

XIV. Band

---

# Revue

de la

# Jurisprudence en matière

de

# droit civil fédéral

XIVe Volume

Basel
R. Reich, vormals C. Detloff's Buchhandlung
1896.

# Revue

der

# Gerichtspraxis im Gebiete

des

# Bundescivilrechts

XIV. Band

---

# Revue

de la

# Jurisprudence en matière

de

# droit civil fédéral

XIVe Volume

---

Beilage zur Zeitschrift für schweizerisches Recht, Neue Folge Band XV

---

Basel
R. Reich, vormals C. Detloff's Buchhandlung
1896.

## A. Grundsätzliche Entscheide des Bundesgerichts.

---

1. *Art. 43 und 65 B.-Ges. betreffend Organisation der Bundesrechtspflege. Wiederherstellung gegen den Ablauf der Berufungsfrist.*

Nach Art. 43 des B.-Ges. über die Organisation der Bundesrechtspflege kann Wiederherstellung gegen die Folgen der Versäumung einer Frist nur dann erteilt werden, wenn der Gesuchsteller nachweist, dass er oder sein Vertreter durch unverschuldete Hindernisse abgehalten worden sei, innerhalb der Frist zu handeln, und die Wiederherstellung binnen zehn Tagen von dem Tage an, an welchem das Hindernis gehoben ist, verlangt wird. Dabei wird die Erteilung der Wiederherstellung in keiner Weise von dem Willen der Gegenpartei abhängig gemacht; vielmehr ist das Restitutionsgesuch von Amtes wegen zu prüfen und muss, falls die gesetzlichen Voraussetzungen fehlen, auch dann abgewiesen werden, wenn etwa die Gegenpartei ihr Einverständnis erklärt hat. Aus diesem Grunde ist denn auch das Wiederherstellungsgesuch dem Berufungsbeklagten zur Vernehmlassung nicht mitgeteilt worden.

Fragt sich nun, ob die Nichteinhaltung der Berufungsfrist auf einem unverschuldeten Hindernisse im Sinne der angeführten Gesetzesbestimmung beruhe, so muss dies angesichts der eigenen Darstellung der Berufungskläger verneint werden. Danach lag die Ursache der Verspätung darin, dass K., welcher als Vertreter der Beklagten mit dem Anwalte verkehrte, in den letzten Tagen der Berufungsfrist auf einer Bergreise abwesend war, ohne für gehörige Besorgung der eingehenden Korrespondenz während seiner Abwesenheit Vorkehren getroffen zu haben. Bei dieser Sachlage kann von einem unverschuldeten Hindernis nicht gesprochen werden. Ein solches wäre nur dann vorhanden, wenn die Einhaltung der Berufungsfrist durch einen Umstand verhindert worden wäre, der nach den Regeln einer vernünftigen Interessenwahrung auch von einem sorgsamen Geschäftsmanne nicht befürchtet zu werden brauchte, oder dessen Anwendung übermässige Anforderungen

bedungen hätte. Im vorliegenden Falle musste aber der mit dem Anwalt verkehrende Vertreter der Beklagten bei gewöhnlicher Sorgsamkeit voraussehen, dass seine Mitwirkung für den Prozess während dieser Tage noch in Anspruch genommen werden könne, und dass die Interessen seiner Mandanten gefährdet werden, wenn er sich entferne, ohne dem Anwalt Anzeige zu machen, oder für rechtzeitige Weiterbestellung allfällig in dieser Sache eingehender Korrespondenz zu sorgen. (Entsch. v. 20. Sept. 1895 i. S. Huber c. Fonio.)

---

2. *Art. 58 B.-Ges. betr. Organisation der Bundesrechtspflege. Unzulässigkeit der Berufung gegen kantonalgerichtliche Kompetenzentscheide.*

Nach Art. 58 Abs. 1 des B.-Ges. über die Organisation der Bundesrechtspflege ist die Berufung nur zulässig gegen die in der letzten kantonalen Instanz erlassenen Hauptturteile, d. h. gegen solche Urteile, durch welche über den materiellen Anspruch definitiv entschieden wird. Enthält das angefochtene Erkenntnis keine Entscheidung in dieser Richtung, und berührt dasselbe die Frage, ob und in wie weit die Klagebegehren materiell begründet seien, nicht, sondern spricht sich nur über die Kompetenz der kantonalen Gerichte aus, indem es die untere Instanz anweist, auf die materielle Prüfung der Sache einzutreten, so ist die Berufung nicht zulässig. (Entsch. v. 20. Sept. 1895 i. S. N.-O.-Bahn. c. Ernst.)

---

3. *Art. 58 B.-Ges. betr. Organisation der Bundesrechtspflege. Unzulässigkeit der Berufung gegen kantonalgerichtliche Verfügungen betreffend Ausweisung von Mietern und Pächtern wegen Verzugs in Zahlung des Miet- oder Pachtzinses.*

Auf Begehren der B. wurde gegen den Mieter F. K. in Anwendung der Art. 287 O. R. und 282 des B.-Ges. betr. Betreibung und Konkurs der Befehl erlassen, die Mietlokalitäten zu verlassen. K. verlangte beim Gerichtspräsidenten Aufhebung dieser Verfügung, wurde jedoch erst- und zweitinstanzlich abgewiesen. Die gegen diese Entscheidung von K. ergriffene Berufung wurde als unstatthaft erklärt.

Gründe: Laut Art. 58 Abs. 1 O. G. ist die Berufung an das Bundesgericht nur zulässig gegen die in der kantonalen Instanz erlassenen Hauptturteile. Ein solches Hauptturteil ist nun aber das angefochtene Erkenntnis, durch welches der Berufungskläger zum Verlassen des Mietobjektes wegen Ver-

zugs mit der Zahlung des Mietzinses verurteilt wird, nicht. Durch solche, auf bloss summarischer Kognition beruhende Entscheidungen wird nicht ein materieller Anspruch des Vermieters definitiv festgestellt, sondern lediglich eine vorläufige Massnahme zum Schutze der gefährdeten Interessen desselben getroffen, wobei die endgültige Entscheidung über die Rechte des Mieters und Vermieters dem ordentlichen Verfahren vorbehalten bleibt; denn der Inhalt eines derartigen Ausweisungsdekrets geht nicht etwa dahin, dass der Mietvertrag aufgehoben sei; das Rechtsverhältnis zwischen Mieter und Vermieter wird dabei vollständig intakt gelassen, so dass es dem ausgewiesenen Mieter unbenommen bleibt, im ordentlichen Prozessverfahren seine vertraglichen Rechte gegenüber dem Vermieter geltend zu machen und Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Mietvertrages zu verlangen (s. Botschaft des Bundesrates betr. den Entwurf zum B.-Ges. über die Organisation der Bundesrechtspflege, B.-Bl. vom Jahre 1892, Bd. II, S. 312). Dass der eidgenössische Gesetzgeber diese summarischen Verfügungen nicht als Urteile, die über einen Rechtsanspruch materiell entscheiden, aufgefasst sehen will, ergiebt sich übrigens deutlich aus der Bestimmung des Art. 23 des B.-Ges. über Schuldbetreibung und Konkurs, wo es den Kantonen freigestellt wird, dieselben statt an die Gerichte an die Verwaltungsbehörden zu übertragen; und in der That ist denn auch in einigen Kantonen, z. B. in Uri, Obwalden, Freiburg und St. Gallen, die Ausweisung von Mietern und Pächtern Verwaltungsbehörden zugewiesen worden. (Entsch. v. 20. Sept. 1895 i. S. Kragl c. Bohnenblust.)

---

4. *Art. 59 B.-Ges. betr. Organisation der Bundesrechtspflege. Rechtsmittel der Berufung an das Bundesgericht. Fixierung des Streitwertes gemäss Klage und Antwort.*

Zwar erreichte der Streitwert bereits bei der erstinstanzlichen Urteilsfällung die für die Berufung an das Bundesgericht erforderliche Höhe von Fr. 2000 nicht mehr; allein massgebend für die Berechnung des Streitwertes ist nach Art. 59 O. G. nicht die zur Zeit der Urteilsfällung bestehende Differenz, sondern diejenige, welche sich aus den von den Parteien in Klage und Antwort vor dem erstinstanzlichen Gerichte angebrachten Rechtsbegehren ergiebt. Unter Klage und Antwort kann nun einzig die Klage- und Antwortschrift, nicht auch die Replik und Duplik verstanden werden, wenigstens sofern letztere nicht, wie z. B. nach zürcherischem Rechte,

als Bestandteil von Klage und Antwort erscheinen. Das ist aber nach aargauischem Rechte nicht der Fall. Nach diesem Rechte erscheinen Klage und Antwort als ganz bestimmte Prozess- resp. Parteihandlungen mit besonderer Bedeutung, deren Inhalt gesetzlich vorgeschrieben ist, und an welche sich erhebliche prozessuale und materielle Folgen knüpfen. Nach § 92 der aargauischen Prozessordnung darf die Replik nichts anderes als die Verneinung oder Berichtigung der in der Antwort vorgebrachten Thatumstände, soweit sie nicht als wahr anerkannt werden, enthalten, und § 93 ibidem weist der Duplik lediglich die Verneinung oder Berichtigung der in der Replik enthaltenen Behauptungen zu, so dass Replik und Duplik nicht als Bestandteile des eigentlichen Klage- bezw. Antwortvorbringens aufgefasst werden können. Es ist daher für die Bestimmung des zur Berufung erforderlichen Streitwertes unerheblich, dass laut der in der Duplik abgegebenen Erklärung der Beklagten nicht mehr Fr. 2000 streitig geblieben sind, sondern es kommt einzig darauf an, ob gemäss den Anträgen der Antwort ein Fr. 2000 übersteigender Betrag der Klagforderung bestritten worden sei, und dies war hier der Fall; allerdings ging der Antrag der Beklagten hinsichtlich des Forderungsbetrages von Fr. 5525. 44 nicht von vorneherein auf gänzliche Abweisung, sondern nur auf Abweisung zur Zeit; allein auch dieser modifizierte Abweisungsantrag begründete, trotz der gerichtlichen Hinterlegung des Betrages, einen Streitwert im angegebenen Betrage, zumal der Antrag auf Abweisung der Klage zur Zeit damit begründet wurde, dass der Beklagten ein Gegenanspruch zustehe, den sie noch nicht zu beziffern in der Lage war, dessen mögliche Höhe sie jedoch auf den Betrag der bestrittenen Summe ansetzte. Die Rechtsbegehren in Klage und Antwort begründeten also in der That einen Streitwert von über Fr. 2000. (Entsch. v. 5. Juli 1895 i. S. Brown Boveri & Cie c. Bär.)

---

5. *Art. 65 Abs. 1 B.-Ges. betr. Organisation der Bundesrechtspflege. Rechtsmittel der Berufung ans Bundesgericht; Beginn der Berufungsfrist.*

Art. 65 Abs. 1 O. G. bestimmt allgemein, dass die Berufung binnen 20 Tagen von der schriftlichen Mitteilung des angefochtenen Urteils an gerechnet zu erklären ist; eine Ausnahme für solche Fälle, wo eine gegen das betreffende untergerichtliche Urteil ergriffene Appellation von der kantonalen Oberinstanz wegen Inkompetenz zurückgewiesen

worden und die betreffende Partei erst nachträglich dadurch zu der Erkenntnis gelangt ist, dass dasselbe ein letztinstanzliches kantonales Urteil sei, macht das Bundesgesetz nicht. Die Berufungsfrist muss daher auch von der Zustellung des untergerichtlichen Urteils an berechnet werden. (Entsch. v. 20. Sept. 1895 i. S. Rossi c. Lanz.)

---

6. *Art. 80 u. 81 B.-Ges. betr. Organisation der Bundesrechtspflege, Art. 220 u. 224 O. R. 1) Bindung der Parteien und des Bundesgerichts an die vor dem kantonalen Gericht betr. ein präjudizielles Rechtsverhältnis abgegebenen Erklärungen; 2) Retentionsrecht, Entstehung; 3) Verpfändung einer im Gewahrsam eines Dritten befindlichen Sache; 4) Geht das zu Gunsten eines Dritten bestellte Pfandrecht dem Retentionsrecht des Inhabers für eine später fällig gewordene Forderung vor?*

1. Sind die Parteien vor dem kantonalen Gericht über die Existenz eines präjudiziellen Rechtsverhältnisses einig gewesen, so kann dieses Rechtsverhältnis vor Bundesgericht nicht mehr in Frage gestellt werden. Die Einigung der Parteien bindet, wie die Zugabe einer Thatsache, ebenso das Gericht wie die Parteien.

2. Das Retentionsrecht entsteht erst mit dem Vorhandensein sämtlicher Voraussetzungen desselben, also im Falle des Art. 224 O. R. erst mit der Fälligkeit der Forderung, für welche es beansprucht wird.

3. An einer Sache, welche sich im Gewahrsam eines Dritten — i. c. infolge const. poss. in der Hand des ursprünglichen Eigentümers — befindet, kann ein Pfandrecht in der Weise bestellt werden, dass der Inhaber der Sache angewiesen wird, sie als Vertreter des Pfandgläubigers zu behalten.

4. Wird an einer solchen Sache zwar nach der Begründung, aber vor der Fälligkeit einer mit derselben im Zusammenhang stehenden Forderung ein Pfandrecht zu Gunsten eines Dritten bestellt, so geht dasselbe dem Retentionsrecht des Inhabers vor. Immerhin könnte ein Retentionsrecht für Verwendungen auf die retinierte Sache u. dgl. auch einem früher entstandenen Pfandrechte gegenüber geltend gemacht werden. (Entsch. v. 11. Okt. 1895 i. S. Vaucher c. Waadtl. Kantonalbank.)

---

7. *Art. 1 O. R. Vorverträge; Erfordernis ihrer Gültigkeit.*

Die Gültigkeit von Vorverträgen (pacta de contrahendo) richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen über Verträge.

Danach müssen der Gegenstand des Vertrags und die Obligationen, welche für jede Partei begründet werden sollen, hinreichend bestimmt sein. (Entsch. i. S. Oestr. Gesellschaft de lumière à gaz incandescent c. Trachsel & Cie.)

---

8. *Art. 50, 51 u. 60 O. R. Verleitung eines andern zu einer unbegründeten Strafklage; Schadenersatzpflicht.*

Wer durch falsche Angaben aus Arglist oder Fahrlässigkeit einen andern veranlasst hat, gegen jemanden eine unbegründete Strafklage zu erheben, wegen deren der Strafkläger zu Entschädigung an den Angeklagten verurteilt worden ist, haftet dem erstern für den entstandenen Schaden. (Entsch. v. 19. April 1895 i. S. Vouga c. Gygax.)

---

9. *Art. 50 O. R. u. Art. 37 B.-Ges. betr. polizeiliche Massnahmen gegen Viehseuchen. Haft desjenigen, der ein krankes Tier eigenmächtig in einen fremden Stall stellt, für den durch Verseuchung des letztern entstandenen Schaden.*

Durch Art. 37 des Bundesgesetzes über polizeiliche Massnahmen gegen Viehseuchen, wonach in schweren Fällen der Uebertretung seiner Vorschriften der Fehlbare für den veranlassten Schaden ganz oder teilweise belangt werden kann, ist keine von dem gemeinen Rechte abweichende Haftung ausgesprochen worden. Jedenfalls hat dieser Art. 37, soweit derselbe eine civilrechtliche Schadenersatzpflicht statuiert, seit dem Inkrafttreten des eidg. O. R. keine selbständige Bedeutung mehr.

Einzig die Haftung aus widerrechtlicher Schadenzufügung im Sinne des Art. 50 O. R., und nicht aus kontraktlichem Verschulden kommt in Betracht, wenn ein Tier nicht infolge eines Vertragsverhältnisses, z. B. eines Verwahrungsvertrages, eines Kaufes auf Probe u. s. w., sondern ohne Einwilligung des Stallbesitzers in den Stall eines andern gestellt worden ist und diesen verseucht hat. (Entsch. v. 27. Sept. 1895 i. S. Weil c. Schnorf.)

---

10. *Art. 50 u. 51 O. R. Wiederholte Einlösung von mit falschen Accepten versehenen Wechseln durch den angeblichen Acceptanten, ohne Anzeige an den Remittenten. Schadenersatzpflicht.*

Den Beklagten wird zur Last gelegt, durch die Einlösung der mit gefälschtem Accepte versehenen Wechsel des H. die

Klägerin in der irrigen Annahme, dass die Accepte echt seien, bestärkt und dadurch positiv zur Schädigung derselben beigetragen zu haben. Trifft dieser Vorwurf zu und mussten sich die Beklagten sagen, dass die Einlösung der gefälschten Wechsel, obschon sie an sich nichts Unerlaubtes enthielt, doch geeignet sei, einer Schädigung der Klägerin Vorschub zu leisten, so waren sie verpflichtet, entweder die Einlösung zu verweigern, oder dann die Klägerin vom wahren Sachverhalt zu unterrichten. Denn wer einen Zustand herstellt, der in erkennbarer Weise die Gefahr einer Schädigung anderer bewirkt, ist verpflichtet, das zur Abwendung dieser Gefahr Erforderliche zu thun, widrigenfalls er dem Beschädigten für Ersatz des eintretenden Schadens zu haften hat (vergl. O. Bähr, Gegenentwurf zu dem Entwurf eines bürgerl. Gesetzb. für das deutsche Reich, S. 165). Der Grund der Schadenersatzpflicht besteht hier nicht in der blossen Unterlassung einer durch das Interesse eines Dritten gebotenen Thätigkeit, sondern in der Herstellung des für den Dritten gefährdenden Zustandes. Eine solche Gefährdung enthielt nun in casu die Einlösung der gefälschten Wechsel offenbar. Da die Klägerin sah, dass die Accepte auf den Wechseln H.'s honoriert werden, musste sie in der Annahme, dass die Accepte echt seien, bestärkt werden, und wurde dadurch verleitet, weitere Wechsel mit derselben Unterschrift ohne Beanstandung anzunehmen. Den Beklagten konnte nicht entgehen, dass ihre Handlungsweise diese Wirkung haben werde, und sofern sie Grund hatten, anzunehmen, dass H. die Fälschungen wiederholen möchte, waren sie daher verpflichtet, entweder die Einlösung zu verweigern, oder der Klägerin sofort Anzeige zu machen, dass diese Accepte falsch seien. Nun mochte es noch hingehen, wenn sich die Beklagten bei der Einlösung der ersten drei Wechsel bei der Annahme beruhigten, dass sich die Fälschungen nicht wiederholen werden. H. hatte in dem Briefe, in welchem er um Einlösung dieser Wechsel bat, die Schuld auf seinen Buchhalter geworfen, und die Beklagten durften auch wohl annehmen, dass es sich um eine bloss vorübergehende Geldverlegenheit H.'s handle. Als ihnen dieser dann aber später wieder drei gefälschte Wechsel zur Einlösung sandte, wobei er auch die frühere Bemerkung wegen des Buchhalters nicht mehr vorbrachte, konnten sie sich der Einsicht nicht verschliessen, dass von einer bloss momentanen ökonomischen Verlegenheit nicht mehr die Rede sein könne, und weitere Fälschungen ernstlich zu befürchten seien. Sie mussten sich im Gegenteil

sagen, dass ihre Konnivenz zur Fortsetzung der Fälschungen nur ermutige. Allerdings hatte H. erklärt, es seien dies die letzten Wechsel, und die Gefahr sei nun glücklich überstanden, allein sie durften diese Versicherung nicht einfach gutgläubig acceptieren, zumal H. über die behauptete Gefahr und deren Ueberwindung etwas Näheres nicht berichtet hatte. Als es sich um die Einlösung des zweiten Wechsels handelte, mussten also die Beklagten wissen, dass sehr wohl weitere Fälschungen zum Nachteil der Klägerin erfolgen können. Sie sind daher der Klägerin für den Ausfall auf denjenigen Wechseln verantwortlich, welche dieselbe nach diesem Datum im Vertrauen auf die Echtheit des Acceptes „J. B. & Cie" negoziert hat. (Entsch. v. 21. Juni 1895 i. S. Leihkasse Murten c. J. Bär & Cie.)

---

**11.** *Art. 50 u. 55 O. R. Unbegründete Strafklage; Haft des Denunzianten.*

1. Tout citoyen a, il est vrai, le droit d'invoquer la protection du juge civil, et, le cas échéant, du juge pénal, et le simple exercice de ce droit n'implique pas encore un acte illicite, alors même qu'ensuite des enquêtes, la plainte apparaîtrait comme dénuée de fondement. En revanche le fait d'introduire une plainte pénale apparaît comme un acte illicite et contraire au droit, toutes les fois que le plaignant a agi avec dol ou avec négligence grave, lorsqu'il a formulé son accusation la sachant fausse, ou tout au moins à la légère, sur la base d'indices qu'il aurait pu et dû reconnaître comme insuffisants après un examen attentif.

Il y a lieu, en cette matière, d'être plus sévère, en ce qui a trait à une plainte pénale, que s'il s'agit d'une simple revendication ou poursuite civile. Celui qui porte plainte ensuite d'un prétendu crime ou délit doit se rendre compte qu'il expose l'accusé à un grave préjudice, à l'éventualité de mesures de coërcition, telles que l'incarcération etc., de nature à nuire considérablement à la situation sociale de celui qui en est l'objet; aussi, avant de se décider à une telle démarche, le plaignant doit-il examiner avec soin s'il existe des indices suffisants de la culpabilité de la personne qu'il va déférer au juge pénal. Il y a donc lieu de rechercher si, dans l'espèce, le défendeur s'est rendu coupable de dol ou de négligence en portant plainte contre la demanderesse.

2. Les atteintes portées aux clauses d'un contrat de droit privé n'impliquent pas un acte punissable; les obligations de l'acheteur, dans un contrat de la nature de celui

dont il s'agit, ne sont, pas plus que celles résultant d'un autre contrat de vente, soumises à une sanction pénale; on doit d'autant plus s'en tenir à ce principe que les ventes à tempérament peuvent facilement donner lieu à de graves abus et à une exploitation usuraire des classes nécessiteuses. Il ne peut dès lors être question d'un acte punissable de la part de l'acheteur que si celui-ci dispose sans droit, par aliénation, mise en gage etc., de la propriété du vendeur. Le sieur D. le savait sans aucun doute, et c'est précisément en vue de provoquer néanmoins l'intervention du juge d'instruction qu'il a prétendu, sans motif suffisant, que dame V. avait disposé sans droit de la machine.

3. La demanderesse a droit, aux termes de l'art. 55 C. O., à une indemnité pour le tort moral qu'elle a subi; il est incontestable que l'accusation d'avoir commis un abus de confiance, et la citation édictale publiée dans la Feuille officielle, puis reproduite par divers journaux, doivent avoir eu pour effet de causer une souffrance morale à la dame V., et de porter une grave atteinte à sa situation personnelle; il est en particulier constant que cette affaire a eu du retentissement dans les ateliers d'horlogerie où travaillait le mari V., et que des personnes exprimèrent au patron de celui-ci leur étonnement de ce qu'il eût loué un logement à de telles gens.

Celui qui porte une plainte pénale pour un crime ou pour un délit doit s'attendre à ce qu'au cours de l'instruction diverses mesures de coërcition soient prises contre l'accusé; c'est précisément parce que tel est généralement le cas, que le plaignant doit, avant de déposer sa plainte, examiner soigneusement si elle se fonde sur des motifs suffisants; s'il la porte à la légère, il ne saurait être admis à répudier sa responsabilité en prétextant que les mesures coërcitives auxquelles cette plainte a donné lieu sont émanées non point de lui, plaignant, mais du juge. (Entsch. vom 4. März 1895 i. S. Vuille c. Donzé.)

---

12. *Art. 62 u. 64 O. R. Ist die Gemeinde für den Schaden verantwortlich, welcher durch gefährliche Anlagen auf den von ihr vergebenen Marktplätzen verursacht wird?*

Die Ueberlassung von Marktplätzen seitens einer Gemeinde an Krämer u. dgl. erscheint nicht als Gewerbebetrieb der Gemeinde, auch wenn dafür eine Abgabe erhoben wird, und es kann daher die Gemeinde nicht auf Grund von Art. 62 Abs. 2 O. R. für Schaden verantwortlich gemacht werden, welcher dadurch entstanden ist, dass die Marktpolizeibehörde

die Anlagen eines Marktbesuchers geduldet hat, durch welche jemand geschädigt worden ist. Die Verantwortlichkeit der Gemeinden für solche Schädigungen kann nur aus dem kantonalen Rechte hergeleitet werden. (Entsch. v. 16. März 1895 i. S. Lavanchay c. Lausanne.)

---

13. *Art. 106, 122 und 124 O. R. Spezifikationskauf mit Ratenlieferung. Nichtvornahme der Spezifikation durch den Käufer. Rücktritt und Schadenersatzanspruch des Verkäufers.*

1. Hat bei einem Ratenkauf der Verkäufer erklärt, er sistiere eine Ratenlieferung so lange, als der Käufer die geforderten vertragsgemässen Preise nicht anerkenne, und ist nicht eine bestimmte Lieferfrist verabredet, so muss der Käufer, wenn er wegen Sistierung dieser Bestellung vom Vertrage zurücktreten will, dem Verkäufer nach Vorschrift des Art. 122 O. R. zur Vornahme der Lieferung Frist ansetzen. Hat er dies unterlassen und die Bestellung einfach annulliert, so ist er nicht berechtigt, vom Vertrage zurückzutreten und seinerseits die Erfüllung desselben zu verweigern.

2. Die Schadenersatzforderung des Verkäufers setzt voraus, dass Käufer in Verzug gekommen sei. Gemäss allgemeiner Regel müsste hiefür vorliegen, dass Verkäufer entweder seinerseits bereits erfüllt oder die Erfüllung angeboten (Art. 95 O. R.) und dass im weitern die in Art. 122 geforderte Fristansetzung zur nachträglichen Erfüllung stattgefunden habe. Nun konnte aber Verkäufer wegen der besonderen Natur dieses Kaufgeschäftes als Spezifikationskauf ohne Mitwirkung des Käufers die Erfüllung seinerseits nicht bewerkstelligen. Damit der Verkäufer die Erfüllung anbieten konnte, musste die Spezifikation seitens der Beklagten vorangegangen sein. Wenn daher Käufer die Spezifikation unterliess, verunmöglichte er bereits hiedurch die Erfüllung des Vertrages, und es ist daher diese Unterlassung dem Annahmeverzug gleichzustellen. In dem Annahmeverzug liegt aber zugleich der Zahlungsverzug; denn mit der Erklärung, nicht annehmen zu wollen, bekundet der Käufer auch den Willen, nicht zahlen zu wollen. Verkäufer war hienach berechtigt, gemäss Art. 122 O. R. vorzugehen, und nach fruchtlosem Ablauf der zur nachträglichen Erfüllung angesetzten Frist seinerseits vom Vertrag zurückzutreten und Schadenersatz zu verlangen. Dieses Verfahren hat er allerdings nicht eingeschlagen; eine Fristansetzung gemäss Art. 122 O. R. ist seinerseits nicht erfolgt. Allein diese Fristansetzung ist dann

nicht erforderlich, wenn dieselbe zur Erreichung des damit zu verfolgenden Zweckes zum vorneherein nutzlos erscheint, also insbesondere dann, wenn der Schuldner bereits deutlich seinen Willen, nicht zu erfüllen, bekundet hat. (Entsch. v. 5. Juli 1895 i. S. Bär c. Brown Boveri & Cie.)

---

14. *Art. 146, 348 u. 362 O. R. 1. Verjährung der Ansprüche aus Dienstverträgen. 2. Werkvertrag oder Dienstvertrag?*

1. Art. 362 O. R. findet nur Anwendung auf Gewährleistungsansprüche aus Werkverträgen, nicht auch auf Ansprüche aus Dienstverträgen. Letztere verjähren erst in zehn Jahren, Art. 146 O. R.

2. Der Vertrag, durch welchen ein Architekt sich gegenüber dem Bauherrn zur Anfertigung der Baupläne, zum Abschluss der Verträge mit den Handwerkern, zur Leitung und Beaufsichtigung der Arbeiten und zur Verifikation der Baurechnungen verpflichtet hat, ist kein Werkvertrag, sondern ein Dienstvertrag.[1]) (Entsch. v. 4. Okt. 1895 i. S. Firmenich c. Deriaz.)

---

15. *Art. 229, 409 u. 412 O. R.; Art. 130 u. 199 B.-Ges. betr. Schuldbetreibung und Konkurs. 1. Kauf einer Sache nach Mass oder Gewicht; Perfektion. 2. Verkauf einer gepfändeten Sache durch den Schuldner ohne Zustimmung des Betreibungsbeamten, aber im Einverständnis des Gläubigers; Wirkung. 3. Konkursausbruch über den Schuldner vor Uebergabe der verkauften Sache an den Käufer. Nichteintritt der Konkursmasse in den Kauf; Wirkung auf die vom Schuldner erteilten Anweisungen auf den Kaufpreis.*

1. Der Kauf einer nach Mass oder Gewicht verkauften Sache wird nicht erst mit der Messung oder Wägung und der Uebergabe perfekt, sondern ist mit der Einigung der Parteien über Preis und Sache abgeschlossen.

2. Verkauft der Schuldner einer gepfändeten Sache dieselbe mit Zustimmung der Pfandgläubiger und unter Vorbehalt ihrer Rechte, jedoch ohne Wissen und Zustimmung des Betreibungsbeamten an einen Dritten, so finden auf einen solchen Verkauf die Art. 130 und 199 Abs. 2 B.-Ges. betr. Schuldbetreibung und Konkurs keine Anwendung, sondern es fällt der Kaufpreis in die Konkursmasse.

---

[1]) Vgl. A. S. d. b.-ger. Entsch. XX S. 200.

3. Ist der Käufer der gepfändeten Sache vom Schuldner angewiesen worden, den Kaufpreis an die Pfandgläubiger zu bezahlen, und hat derselbe die Anweisung gegenüber den Pfandgläubigern angenommen, so fällt die Anweisung doch mit Ausbruch des Konkurses über den Schuldner und Verkäufer dahin, sofern der Kaufgegenstand dem Käufer damals noch nicht übergeben gewesen ist und die Konkursmasse nur insofern sich zur Uebergabe derselben bereit erklärt, als der Kaufpreis an sie bezahlt werde. Denn die Anweisung ist an die Bedingung geknüpft, dass der Angewiesene wirklich Schuldner des Anweisenden sei.[1]) (Entsch. vom 26. Oktober 1895 i. S. Masse Julmy c. Dupré.)

---

**16.** ***Art. 56 B.-Ges. betr. Organisation der Bundesrechtspflege und Art. 246 O. R. 1. Oertliche Anwendung des Rechts beim Kaufvertrag; Kompetenz des Bundesgerichts. 2. Vereinbarung der Parteien betreffend Feststellung der Beschaffenheit der Kaufsache durch die Zollbehörde, Bedeutung und Wirkung für die Gewährleistungspflicht des Verkäufers.***

1. Im Jahr 1893 wurde in Löwen (Belgien) zwischen den Klägern einerseits und den Beklagten andrerseits ein Kaufvertrag abgeschlossen, gemäss welchem die beiden letztern Firmen als Käufer sich solidarisch verpflichteten, Essigsäure zu beziehen, lieferbar ab Löwen, dem Wohnorte der Kläger, und zahlbar in Check auf Brüssel oder Löwen. Mit Schreiben vom 23. April ersuchten die Kläger die Beklagten, vor der Absendung der Ware in Löwen durch einen Stellvertreter Muster ziehen zu lassen, falls sie nicht die Konstatierung der Gradstärke durch die belgischen Zollbeamten anerkennen wollen. Die Beklagten antworteten hierauf in ihrem Briefe vom 28. April: „Was die Qualität der Säure anbelangt, so ersuchen wir Sie nur, genau darauf zu achten, dass die vorgeschriebene Gradstärke wirklich vorhanden ist, und in dieser Beziehung anerkennen wir die Kompetenz der steueramtlichen Behörde Ihres Platzes.“ Die Kläger mussten die Ware, welche einem hohen Ausgangszoll in Belgien unterworfen ist und deshalb von den Zollbehörden genau untersucht wird, vor der Versendung in das städtische Lagerhaus in Löwen verbringen. Die Beklagten stellten später die Ware den Klägern zur Verfügung, weil sie nicht die vertragliche, von der belgischen Zollbehörde konstatierte Gradstärke zeige.

---

[1]) Vgl. A. S. b.-ger. Entsch. Bd. XVII. S. 493 Erw. 7.

Die Kläger belangten daher die Beklagten für den Kaufpreis und machten geltend, dass bezüglich der Qualität der Ware die Untersuchung durch die Zollbehörde in Löwen für die Parteien bindend sei, indem sich die Beklagten mit der endgiltigen Konstatierung durch die belgische Behörde einverstanden erklärt haben. Deshalb sei die von den Beklagten veranlasste Expertise unverbindlich. Die Klage wurde in allen Instanzen gutgeheissen. Der Begründung des bundesgerichtlichen Urteils entheben wir folgendes:

Die Kompetenz des Bundesgerichts zur Beurteilung der vorliegenden Berufung hängt davon ab, ob eidgenössisches oder aber ausländisches, nämlich belgisches Recht, anwendbar sei. Darüber ist zu bemerken: Gegenstand des Prozesses ist der Streit über die Frage, ob die Kläger ihre vertraglichen Verpflichtungen als Verkäufer erfüllt haben. Es handelt sich also um die Wirkungen eines obligatorischen Rechtsgeschäftes, die nicht von Rechtssätzen zwingender Natur bestimmt werden, sondern der Parteidisposition unterworfen sind, und diese sind gemäss bekanntem Grundsatze nach demjenigen Landesrecht zu beurteilen, welches die Parteien beim Geschäftsabschlusse hiefür als massgebend erachteten oder der Natur der Sache nach erachten mussten (s. z. B. Amtl. Slg. Bd. 16 S. 795 Erw. 3). Wäre nun die Parteimeinung einzig aus den Bestimmungen des Vertrages zu deuten, so müsste ohne weiteres das belgische Recht als massgebend angesehen werden; denn der Sitz des ganzen Rechtsverhältnisses ist in Löwen, also in Belgien. Dort befindet sich nicht nur das Domizil des Verkäufers, um dessen vertragliche Verpflichtungen es sich hauptsächlich handelt, sondern der Vertrag ist auch dort abgeschlossen worden und sollte dort beidseitig erfüllt werden. Sofern also die Frage der örtlichen Rechtsanwendung einzig nach der Natur des streitigen Rechtsverhältnisses zu beantworten wäre, müsste die Anwendbarkeit des eidg. Rechts und damit auch die Kompetenz des Bundesgerichts verneint werden. Nun haben aber die Parteien vor der ersten kantonalen Instanz, laut der Feststellung im Urteil derselben, sich nicht nur beidseitig für die Beurteilung der streitigen Punkte auf schweizerisches Recht berufen, sondern ausdrücklich dessen Anwendung verlangt. Auf Grund dieses Verhaltens der beiden Parteien erscheint die Kompetenz des Bundesgerichts als begründet. Es darf nämlich angesichts der bezeichneten Haltung der Parteien im Prozesse unbedenklich angenommen werden, dass sie sich von Anfang an dem eidgenössischen Rechte haben unterwerfen wollen, und es ist danach die Kompetenz des Bundesgerichts gegeben.

2. Die Kaufpreisforderung, welche Gegenstand der Hauptklage bildet, wird von den Beklagten mit der Behauptung bestritten, dass die gelieferte Ware nicht vertragsgemäss sei, sondern solche Abweichungen von der vorgeschriebenen Gradstärke aufweise, dass ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche aufgehoben werde. Die Kläger halten dieser Einrede entgegen, dass die thatsächliche Unrichtigkeit derselben bereits in endgültiger, für den Richter verbindlicher Weise dargethan sei durch den Befund der belgischen Zollbehörde, aus welchem Befunde in der That hervorgeht, dass die Ware bei der Absendung die vorgeschriebene Gradstärke besessen hat. Sie stützen sich diesfalls darauf, die Beklagten hätten dadurch, dass sie die Kompetenz der Zollbehörde in Löwen zur Konstatierung der Gradstärke anerkannten, auf jede spätere Bemängelung der Ware in dieser Beziehung verzichtet. In dieser Vereinbarung der Parteien, wonach die belgische Zollbehörde zur Konstatierung der Gradstärke der verkauften Essigsäure kompetent erklärt wurde, liegt kein Kompromiss zu einem Schiedsspruch; denn einen Schiedsspruch hatte diese Behörde nicht abzugeben. Es wurde ihr kein Streit zur Entscheidung vorgelegt; sie hatte einfach eine Untersuchung der Ware vorzunehmen, ohne jedoch auf Grund derselben einen Entscheid zu fällen; einzig zur Konstatierung der vorhandenen Gradstärke, also eines rein thatsächlichen Verhältnisses, hatten die Beklagten ihre Kompetenz anerkannt. Ebensowenig kann der Vereinbarung die Bedeutung beigemessen werden, dass die belgische Zollbehörde auf Grund derselben als Vertreter der Beklagten bei Entgegennahme der Ware zu handeln gehabt habe, und dass die Beklagten deswegen an ihre Erklärungen über den Zustand der Ware gebunden seien. Denn die Beklagten waren nicht verpflichtet, die Prüfung der Kaufsache und Konstatierung allfälliger Mängel in Löwen, als dem Erfüllungsort, vorzunehmen. Löwen war allerdings der Erfüllungsort, indem daselbst die juristische Tradition zu erfolgen hatte; dagegen war Löwen nicht zugleich der Ablieferungsort, sondern Basel, wohin die Ware nach dem Vertrage versandt werden musste. Danach waren aber die Beklagten gesetzlich nicht verpflichtet, die Prüfung der Ware und die Feststellung des Thatbestandes in Löwen vorzunehmen, sie durften dies vielmehr in Basel thun, und es kann daher nicht gesagt werden, dass die Untersuchung der Zollbehörde einfach die Stelle der mit der Rügepflicht verbundenen gesetzlichen Diligenzien der Käufer vertreten habe. Dagegen stellt sich die erwähnte Verein-

barung allerdings nicht bloss, wie die Beklagten annehmen, als Einigung über die Person eines Experten dar, dessen Befund der freien richterlichen Würdigung unterstellt wäre, sondern mit derselben ist ein besonderes, von den gesetzlichen Vorschriften abweichendes Verfahren betreffend die Konstatierung der Empfangbarkeit der Kaufsache getroffen worden. Derartige Abweichungen von dem gewöhnlichen, gesetzlich geregelten Verfahren sind die Parteien unzweifelhaft festzusetzen befugt, da die diesfälligen gesetzlichen Bestimmungen lediglich dispositiver Natur sind. Der Zweck der Vereinbarung, für die Prüfung der Gradstärke der gelieferten Essigsäure beidseitig auf den Befund der Zollbehörde in Löwen abzustellen, konnte nun aber kein anderer sein, als dadurch eine für beide Parteien massgebende Feststellung zu veranlassen; dem genannten Zwecke würde es widersprechen, wenn diese Feststellung nachträglich doch von einer Partei mit der Behauptung, dieselbe sei unrichtig, wieder in Zweifel gesetzt werden könnte; hätten sich die Parteien das Recht, den Befund der untersuchenden Zollbehörde nachträglich wegen Unrichtigkeit anzufechten, wahren wollen, so wäre nicht einzusehen, warum sie sich überhaupt auf die Uebertragung der Untersuchung an diese Behörde geeinigt haben; denn alsdann hätte jedes Interesse, die Untersuchung durch diese Behörde vorzuschlagen, für die Kläger gefehlt; ebensowenig aber wäre für die Beklagten ein Grund vorhanden gewesen, die Untersuchung vor der Ankunft der Ware am Bestimmungsorte vorzunehmen. Es erscheint daher weder aktenwidrig, noch rechtsirrtümlich, wenn die Vorinstanz die Bedeutung der fraglichen Vereinbarung dahin ausgelegt hat, dass mit der Konstatierung durch die Zollbehörde jede weitere Erörterung über die ihrer Untersuchung unterliegenden Eigenschaften der Kaufsache abgeschnitten sein sollte. Daraus folgt aber, dass die Beklagten mit der Behauptung, der Befund der Zollbehörde sei unrichtig, nicht gehört werden können. (Entsch. v. 21. Okt. 1895 i. S. Hoffmann Traub & Cie c. Everaert.)

---

17. *Art. 246 u. 258 O. R. 1. Verjährung der Einreden wegen Mängel der Kaufsache, Bemängelung einer einzelnen Ratenlieferung. 2. Vertragliche Abänderung der Gewährspflicht. 3. Beweis der Mängel nach Abnahme der Kaufsache. 4. Inhalt der Mängelrüge.*

1. Wird der Preisminderungsanspruch wegen Mängel der Kaufsache nicht auf dem Wege einer selbständigen Klage,

sondern einredeweise gegen die Klage auf Zahlung des Kaufpreises geltend gemacht, so unterliegt er gemäss Art. 258 O. R. der für die Klagen auf Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache geltenden einjährigen Verjährung nur unter der Voraussetzung, dass innerhalb eines Jahres nach Ablieferung an den Käufer eine Mängelrüge unterblieben ist. Ob die Mängelrüge nach Art. 246 O. R. rechtzeitig und in richtiger Form erhoben worden sei oder nicht, ist für die Frage der Verjährung ohne Bedeutung, indem im letztern Falle ein Wandelungs- oder Preisminderungsanspruch des Käufers eben bereits durch die Fehlerhaftigkeit oder die Verspätung der Mängelrüge verwirkt wird, und daher hiebei die Verjährung überhaupt nicht mehr zur Geltung kommt. Obschon die Klage auf Bezahlung der dritten Lieferung geht, der Preisminderungsanspruch des Beklagten sich dagegen auf Mängel der zweiten gründet, so beziehen sich diese beiden Ansprüche dennoch auf ein und dasselbe Kaufgeschäft. Der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag ist ein einheitlicher, wenn auch die Erfüllung in Abschnitten zu erfolgen hatte, und es ist daher die Bemängelung einer einzelnen Lieferung als Einrede der Nichterfüllung gegenüber dem ganzen Vertrag anzusehen. Unerheblich ist hiebei, dass bei solchen Ratengeschäften die Rügepflicht wegen vorhandener Mängel für jede Teillieferung besonders besteht; denn dies folgt einfach aus der Pflicht des Käufers zur Spezialisierung seiner Mängelrüge, und beruht nicht etwa auf der Annahme, dass jeder Lieferung ein besonderer Vertrag unterliege.

2. Die Abänderung der gesetzlichen Bestimmungen über die Gewährspflicht durch Parteivereinbarung ist zwar, soweit es sich nicht um arglistige Verschweigung der Mängel handelt, zulässig, allein es muss die hierauf gerichtete Willensmeinung der Parteien, da sie eine Ausnahme von der gesetzlichen Regel begründen soll, unzweideutig dargethan sein. Dies ist nun aber bezüglich der vertraglichen Bestimmung, auf welche sich der Kläger diesfalls beruft, keineswegs der Fall. Wenn es nämlich im Vertrage heisst, die Käuferin hafte für die gekauften Käse erst mit der Einlagerung in ihre Keller, so ist dies nicht ohne weiteres gleichbedeutend mit der Erklärung, dass mit der Einkellerung der Käse die Gewährspflicht des Verkäufers aufhören solle. Dem Wortlaute nach bezieht sich diese Bestimmung nur auf die Haftbarkeit der Käuferin, und zwar enthält sie eine Beschränkung derselben. Der Ausdruck weist auf eine Begünstigung nicht des Verkäufers, sondern

der Käuferin hin, und danach muss auch der Sinn der Bestimmung ausgelegt werden, sofern sich dabei überhaupt ein vernünftiger Sinn ergiebt. Nun war aber eine Beschränkung der Haftbarkeit der Käuferin nicht etwa zwecklos. Eine solche Haftbarkeit derselben bestand in der That vor der Einkellerung. Nach Art. 204 O. R. ging die Gefahr der Kaufsache spätestens mit dem Moment, als dieselbe in Gossau zur Versendung ausgeschieden wurde, auf die Käuferin über, und diese hätte daher nach gesetzlicher Vorschrift von diesem Zeitpunkt an auch dann für den Kaufpreis haften müssen, wenn die Ware vor der Einkellerung zu Grunde gegangen oder beschädigt worden wäre.

3. Der Verkäufer haftet für Mängel der Kaufsache nur, sofern dieselben schon bei der Ablieferung vorhanden waren, und zwar ist der Käufer, welcher die Ware angenommen hat, dafür beweispflichtig, dass dies der Fall gewesen sei. Hiezu genügt jedoch der Nachweis, dass die Mängel wenigstens im Keime damals schon vorhanden gewesen seien. Im weitern wäre die Haftbarkeit des Verkäufers ausgeschlossen, wenn die Mängel dem Käufer bereits bei der Ausscheidung der Ware erkennbar waren. Waren die Mängel damals schon erkennbar, so galt die vorbehaltlose Empfangnahme als Genehmigung.

4. Eine Genehmigung der Kaufsache muss jedoch auch dann angenommen werden, wenn der Käufer unterlassen hat, die Mängelrüge in gehöriger Form und zu rechter Zeit zu erheben, und zwar liegt es ihm ob, die Vollständigkeit und Rechtzeitigkeit der Rüge zu begründen und zu beweisen (s. Puchelt, Comment. z. deutschen Handelsgesetzbuch II Bd., S. 995, 2. Aufl.). Fragt es sich, ob die von der Beklagten erhobene Mängelrüge mit der erforderlichen Genauigkeit und Vollständigkeit abgefasst worden sei, so ist zu beachten, dass es sich hier um einen Kauf handelte, bei dem jedes einzelne Stück hinsichtlich der zu prästierenden Eigenschaften besonders in Frage kam. Der Käufer durfte nach der Bestimmung des Kaufvertrages wegen Mangelhaftigkeit einzelner Stücke nicht die ganze Lieferung zurückweisen, sondern nur die fehlerhaften, und zwar ohne Rücksicht darauf, wie sich die Zahl dieser letztern zu den empfangenen Stücken verhielt. Nun muss die Mängelrüge so abgefasst sein, dass der Verkäufer daraus die Tragweite der Beanstandung ermessen kann. Dadurch, dass der Käufer sich zunächst auf eine allgemein gehaltene Reklamation beschränkt und dieselbe erst im Prozesse nach Umfang und Inhalt näher bestimmt,

kommt er der in Art. 246 O. R. geforderten Rügepflicht nicht nach. Der Verkäufer muss vielmehr schon aus seiner Anzeige ersehen können, in welchem Umfang und aus welchen Gründen die Ware beanstandet werde, er soll sobald als möglich wissen, in wie weit seine Haftbarkeit in Anspruch genommen werden wolle, und auf Grund der Rüge in der Lage sein, sich über die zu treffenden Massnahmen zu entscheiden; dies ermöglichte aber die von der Beklagten erhobene Mängelrüge dem Kläger nicht. Erst im Prozesse erklärte die Beklagte, dass es die zweite Lieferung sei, welche von ihr beanstandet werde, und dass sich die Reklamation auf diese beschränke. In der frühern Anzeige war hievon kein Wort gesagt, diese Anzeige liess den Kläger vollständig im Ungewissen, auf welche Lieferung sich die Reklamation beziehe, abgesehen davon, dass auch die Anzahl der schadhaften Stücke darin nicht angegeben war. Aus einem spätern Briefe musste Kläger sogar schliessen, dass wegen der ersten Lieferung reklamiert werde, indem die Beklagte dort erklärte, sie müsse auf die Mitteilung zurückkommen, dass die Käse von den ersten Monaten arg gespalten seien. Ebenso konnte sich der Kläger auf Grund der Anzeige der Beklagten keine Rechenschaft darüber geben, ob die Reklamation sich auf die Mulchen von A. oder von N. beziehe, während die Kenntnis hievon für seine Stellungnahme offenbar von Bedeutung sein konnte. Die von der Beklagten erhobene Mängelrüge ermangelte somit der gehörigen Substanziierung und war daher nicht geeignet, den Anspruch derselben auf Wandelung oder Preisminderung wegen der Mängel der Kaufsache zu wahren. (Entsch. v. 8. Juni 1895 i. S. Noth c. Sommer.)

---

18. *Art. 280, 292 u. 145 O. R.; Art. 81 Abs. 2 B.-Ges. betr. Organisation der Bundesrechtspflege. 1. Anführungspflicht der Parteien; Anwendung des objektiven Rechts auf die von den Parteien vorgebrachten Thatsachen. 2. Polizeiliche Untersagung der Benützung eines vermieteten Fabriklokals, Einfluss auf den Fortbestand des Mietvertrags.*

1. Unzutreffende Rechtsausführungen der Parteien können diesen nicht schaden, indem es genügt, wenn diejenigen Thatsachen vorgebracht werden, welche die rechtlichen Voraussetzungen des eingeklagten Anspruches bilden; denn die Rechtsanwendung ist Sache des Richters; er hat von Amtes wegen die Subsumption des von den Parteien vorgelegten

Thatbestandes unter die zutreffenden gesetzlichen Bestimmungen vorzunehmen. Immerhin ist er hiebei an die Begehren der Parteien gebunden und darf daher die Klage nicht auf Grund eines Gesetzesartikels zusprechen, welcher ein Begehren voraussetzt, das im Prozesse gar nicht gestellt worden ist. Es kann daher z. B. nicht Art. 292 O. R., welcher den Fall normiert, wo eine Partei aus wichtigen Gründen die Enthebung von der Pflicht zur weitern Erfüllung des Mietvertrags verlangt und den Rücktritt an das Anerbieten vollen Ersatzes knüpft, zur Anwendung gebracht werden, wenn die Parteien niemals darauf abgestellt haben, dass ihnen aus wichtigen Gründen die Fortsetzung des Mietverhältnisses unerträglich geworden sei, sondern den Vertrag vielmehr ohne Ersatzleistung aufheben wollen.

2. Art. 280 normiert den Fall, wo ein Dritter auf die gemietete Sache einen Anspruch erhebt, welcher sich mit dem Rechte des Mieters nicht verträgt, und ist daher nicht anwendbar, wenn durch Verfügung der Polizeibehörde die weitere Benutzung eines Mietlokals verboten worden ist. Was die Frage betrifft, ob der Mietvertrag deswegen erloschen sei, weil der Mieter infolge einer solchen Verfügung in die Unmöglichkeit versetzt worden sei, von der Mietsache den vertragsmässigen Gebrauch zu machen, so ist dieser Fall demjenigen des körperlichen Untergangs der Sache rechtlich gleichzustellen, indem der Mietvertrag sich nicht auf die Sache selbst, sondern auf den Gebrauch derselben bezieht, und es findet daher Art. 145 O. R. Anwendung, wonach durch Unmöglichkeit der Leistung die Forderung erlischt, und somit Vermieter und Mieter von ihrer Leistungspflicht befreit werden. Ist aber die polizeiliche Verfügung nicht sowohl durch den Zustand der Liegenschaft überhaupt, als vielmehr durch die seit dem Vertragsabschlusse eingeführte Erweiterung in der Benutzung derselben durch den Mieter veranlasst worden, so kommt Art. 145 nicht zur Anwendung. Denn die Frage, ob eine Lokalität zum Fabrikbetrieb tauglich sei, richtet sich wesentlich danach, in welchem Umfange dieselbe benützt werden solle. Es ist daher bei der Prüfung der Frage, ob durch die polizeiliche Verfügung der vertragsmässige Gebrauch der Mietsache verunmöglicht worden sei, darauf abzustellen, welcher Umfang des Betriebes bei dem Vertragsabschlusse vorgesehen gewesen sei.

3. Selbst wenn übrigens angenommen werden müsste, dass dem Mieter die Benutzung in dem beim Vertragsschlusse vorgesehenen Umfange nicht mehr möglich sei, kann der Ver-

trag nicht als erloschen erklärt werden, wenn vorliegt, dass dem Mieter die gemieteten Lokalitäten auf Grund eines frühern Mietvertrages bekannt waren, derselbe ferner wusste, dass sie unter dem Fabrikgesetz stehen, und ihm daher nicht entgehen konnte, dass ihm so möglicherweise die Benutzung derselben zum Fabrikbetrieb entzogen würde, und wenn er aber trotzdem den Vertrag auf längere Zeit fest abschloss, ohne sich hinsichtlich einer allfälligen Einsprache der Aufsichtsbehörden eine Zusage von den Vermietern geben zu lassen. Der Vermieter durfte unter solchen Umständen um so mehr davon ausgehen, dass die Mietsache einfach nach ihrer sinnfälligen Erscheinung vermietet sein sollte, als naturgemäss die Bemessung des Mietzinses sich danach richten musste, ob der Vertrag für eine kürzere oder längere Dauer abgeschlossen werde. (Entsch. v. 11. Okt. 1895 i. S. Schuhl & Schmitz c. Schild.)

---

**19.** *Art. 294 u. 297 O. R.; Art. 284 B.-Ges. betr. Schuldbetreibung und Konkurs. 1. Heimliche Fortschaffung von Retentionsgegenständen durch den Mieter oder Pächter, Begriff der Heimlichkeit. 2. Beweislast bezüglich des guten Glaubens des Erwerbers solcher Gegenstände.*

Le litige né entre parties soulève deux questions, savoir:

1° Si les huit pièces de bétail livrées par J. à H., sur lesquelles G. P. avait un droit de rétention (art. 294 et 297 C. O.), ont été emmenées clandestinement de la ferme de C.;

2° si H. a agi de bonne foi en achetant ce bétail de J.

Ces deux questions ne sont pas, comme le soutient l'opposant au recours à l'égard de la seconde, de pures questions de fait. La clandestinité et la bonne foi sont deux notions juridiques. Le Tribunal fédéral n'est donc pas lié par la solution que les instances cantonales ont donnée à ces questions et peut apprécier à nouveau les faits de la cause pour savoir s'ils renferment les éléments de la clandestinité et de la bonne foi.

Le législateur fédéral n'a pas estimé que le seul défaut de consentement du bailleur fût suffisant pour justifier le droit de suite. L'art. 284 L. P., qui dispose que les objets emportés „clandestinement ou avec violence“ peuvent être réintégrés avec l'assistance de la force publique, exige évidemment quelque chose de plus que le défaut de consentement du bailleur.

Quant à la clandestinité, elle peut s'entendre dans un sens plus ou moins étroit. Elle peut-être absolue ou relative,

c'est-à-dire exister à l'égard du public en général ou à l'égard du bailleur seulement. C'est dans ce dernier sens qu'elle est exigée par l'art. 284 L. P. Il importe peu, en effet, que le déplacement soit clandestin ou non à l'égard de tiers non intéressés, pourvu qu'il le soit à l'égard du bailleur. La Cour d'appel de Zurich a jugé dans ce sens „qu'il y a déplacement clandestin lorsque les meubles ont été emportés à l'insu du bailleur, dans des circonstances qu'il devait ignorer, même en exerçant la surveillance voulue."

Il y a lieu toutefois de compléter cette définition en la rapprochant de la notion romaine du clam factum, d'après laquelle est considéré comme ayant agi clandestinement (clam) celui qui, sachant que le droit d'accomplir un acte sur un immeuble lui est contesté, l'accomplit néanmoins sans prévenir la partie qui s'y oppose (voir Windscheid, Pandekten, 6me éd. II § 465 note 4).

En combinant ces deux définitions, on doit dire qu'il y a déplacement clandestin lorsque des objets soumis au droit de rétention du bailleur sont enlevés à l'insu de celui-ci, dans des circonstances qu'il n'a pas connues ni dû connaître, et alors que le fermier ou locataire savait ou devait savoir que ce déplacement était de nature à provoquer l'opposition du bailleur.

Avant d'examiner si H. a agi de bonne foi en achetant le bétail de J., la question préalable se pose de savoir à laquelle des parties incombait sur ce point le fardeau de la preuve.

La plupart des auteurs soutiennent que c'est à la partie qui allègue la mauvaise foi à la prouver (voir Keller, Pandekten I § 132; Hölder, Pandekten I p. 380; Dernburg, Pandekten I § 194; Wächter, Die bona fides etc. p. 44. — En sens contraire Windscheid, Pandekten I § 177). Cette opinion est également prédominante dans la jurisprudence (voir Seufferts Archiv, nouv. Sér. T I Nr. 187; journ. des Tribunaux (Lausanne), année 1884 p. 363 et 364).

Elle part de l'idée que lorsque celui qui se dit propriétaire d'une chose prouve l'avoir acquise suivant un mode régulier, ne portant pas en lui-même le caractère de la mauvaise foi, il doit être présumé de bonne foi. Celle-ci est la règle; c'est pourquoi c'est à celui qui allègue la mauvaise foi pour combattre la validité d'une acquisition régulière en la forme à fournir la preuve de cette mauvaise foi.

Cette manière de voir paraît de tous points fondée et doit faire règle pour le Tribunal fédéral. (Entsch. v. 19. Juli 1895 i. S. Hayoz c. Pontet.)

---

**20.** *Art. 338, 346 u. 348 O. R. Dienstvertrag; vorzeitige Entlassung eines Zeitungsredakteurs ohne genügende Gründe; Ansprüche des Entlassenen.*

Der Umstand, dass der vom Verleger angestellte Redakteur eines Lokalblattes der Lokalchronik nicht die gehörige Aufmerksamkeit geschenkt, sondern den Charakter des Blattes einigermassen verschoben hat, indem er den politischen Teil erheblich mehr berücksichtigte, giebt, sofern der Redakteur dadurch nicht eine ausdrücklich ihm überbundene Vertragspflicht verletzt hat, dem Verleger keinen wichtigen Grund zur vorzeitigen Vertragsauflösung.

Das Gleiche gilt bezüglich der Thatsache, dass der Redakteur die Nachrichten über lokale Ereignisse und Vorgänge nicht selbst redigiert hat, von dritter Seite Leitartikel und Korrespondenzen aufgenommen hat, sofern der Redakteur hiebei nicht über das zulässige Mass hinausgegangen ist und es an eigenen Artikeln hat fehlen lassen.

Eine Berufung auf Art. 346 O. R. ist unstatthaft, wenn speziell zu dem Zwecke eine Probezeit vereinbart war, um dem Verleger die Freiheit zu lassen, je nach den Leistungen des Redakteurs den Vertrag fortzusetzen oder nicht, und ersterer innerhalb dieser Probezeit nicht nur nicht zurückgetreten ist, sondern während derselben auch keinerlei Reklamationen erhoben hat, obschon im Anfang hiezu noch eher Veranlassung vorhanden gewesen wäre, als später. Hieraus muss geschlossen werden, dass der Verleger in der Art, wie der Redakteur die Redaktion besorgte, kein Hindernis gegen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses erblickte, und es verstösst daher gegen Treu und Glauben, wenn nun hinterher doch wieder auf diese Verhältnisse zurückgegriffen wird, um daraus einen Grund zur Vertragsauflösung herzuleiten.

Wie das Bundesgericht in einer Reihe von Entscheidungen (s. z. B. Amtl. Slg. Bd. 16 S. 207 Erw. 3 und die dort citierten Entscheidungen) ausgeführt hat, geht der Schadenersatzanspruch des unbefugterweise vorzeitig entlassenen Dienstpflichtigen auf den Betrag der vertraglich versprochenen Gegenleistungen, unter Abrechnung der Auslagen, die er etwa infolge der Entbindung von der Leistungspflicht erspart, und desjenigen Erwerbes, welchen er während der Vertragsdauer vermittelst seiner frei gewordenen Arbeitskraft anderweitig wirklich macht oder doch zu machen in der Lage ist. Da aber der Dienstpflichtige nur die Pflicht, nicht auch das Recht hat, die vertraglichen Funktionen auszuführen (Amtl. Slg. Bd. 15 S. 317 Erw. 4), so darf der Dienstherr

auf diese verzichten und macht sich dabei eines Vertragsbruches nicht schuldig, sofern er nur das ausbedungene Honorar bezahlt. Daraus folgt, dass der Dienstpflichtige keinen vertraglichen Anspruch auf die Ehre und den Rang hat, welche etwa mit der Ausübung des Dienstvertrages verbunden sind (vgl. Kohler, in den Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 17 S. 278 f. und dort citierte; Dankwart, das. Bd. 13 S. 331 f.), und daher der Betrag, den der vorzeitig entlassene Dienstpflichtige, wenn auch in untergeordneter Stellung, anderweitig verdient hat, voll in Abrechnung zu bringen ist. Allerdings hat das Bundesgericht in den genannten Entscheidungen den Dienstherrn für berechtigt erklärt, nicht nur den Verdienst des Dienstpflichtigen in Abzug zu bringen, welchen dieser während der Vertragszeit wirklich gemacht hat, sondern auch denjenigen, welchen er zu machen in der Lage war; allein es ist dabei stets davon ausgegangen, dass es Sache des beklagten Dienstherrn sei, solche Umstände darzuthun, aus welchen sich ergiebt, dass der Dienstpflichtige wirklich Gelegenheit gehabt habe, anderweitigen Verdienst zu machen. Ein weiterer Anspruch als der auf Ersatz der entgangenen vertraglichen Gegenleistung steht dem unberechtigterweise vorzeitig entlassenen Dienstpflichtigen gegenüber dem Dienstherrn nur zu, wenn die Dienstentlassung unter den Umständen, unter welchen sie erfolgte, eine unerlaubte Handlung im Sinne des Art. 50 ff. O. R. enthält (s. Amtl. Slg. der bundesger. Entsch. Bd. 15 S. 317 Erw. 4).

Ist jemand in die vertraglichen Verpflichtungen eines andern eingetreten und von der andern Partei als Vertragspartei stillschweigend angenommen worden, ohne dass dadurch eine Entlassung des Kontrahenten stattgefunden hätte, so liegt in dem Eintritt in das Vertragsverhältnis eine kumulative Schuldübernahme und stehen daher der andern Vertragspartei zwei solidarisch Verpflichtete gegenüber. (Entsch. vom 25. Okt. 1895 i. S. Heer c. Merz. Vgl. auch Entsch. des B.-G. vom 20. Juli 1895 i. S. Perron c. Jacot.)

---

21. *Art. 512 O. R. Begriff und Beweis des Differenzgeschäfts.*

In Uebereinstimmung mit der vom Bundesgerichte in konstanter Praxis festgehaltenen Auffassung des reinen Differenzgeschäftes haben die Vorinstanzen das Kriterium desselben darin erblickt, ob die Parteien durch übereinstimmenden Vertragswillen Recht und Pflicht wirklicher Lieferung und Abnahme haben ausschliessen wollen, so dass bloss die Kurs-

differenz den Gegenstand des Vertrages bildete. Allerdings ist den Akten nicht zu entnehmen, dass Recht und Pflicht effektiver Lieferung und Abnahme ausdrücklich ausgeschlossen worden sei; allein es genügt, wenn auch bloss eine stillschweigende Willensübereinstimmung in diesem Sinne stattgefunden hat. Nun stellen beide kantonalen Instanzen fest, dass dies vorliegend der Fall sei; sie erklären, dass unter den Parteien nach stillschweigender Vereinbarung Recht und Pflicht zu reeller Lieferung resp. Abnahme der Ware ausgeschlossen sei. An diese Feststellung ist das Bundesgericht gebunden, sofern sie nicht auf einem Rechtsirrtum, d. h. auf unrichtiger Anwendung der Rechtsgrundsätze über stillschweigende Willenserklärungen beruht. Dies kann jedoch in casu nicht gesagt werden. Die Vorinstanzen haben den Beweis für den stillschweigenden Ausschluss reeller Lieferung und Abnahme hauptsächlich darin erblickt, dass es sich hier um Spekulationen gehandelt habe, welche die ökonomische Kraft des Beklagten weit überschritten, so dass dieser vernünftigerweise an reelle Erfüllung gar nicht denken konnte, und dass der Agent der Kläger durch die von ihm eingezogenen Informationen von diesem Missverhältnisse Kenntnis gehabt habe. Wenn die Vorinstanzen hieraus, in Verbindung mit der Thatsache, dass die Kläger unbekümmert um die finanziellen Verhältnisse des Beklagten die betreffenden Börsengeschäfte mit demselben abgeschlossen, gefolgert haben, dass beidseitig lediglich die Kursdifferenz als Gegenstand des Vertrages gewollt gewesen sei, so erscheint dieser Schluss als durchaus zulässig. Ebenso war es vollständig richtig, wenn bei dieser Frage einzig auf das Rechtsverhältnis zwischen den Klägern und dem Beklagten abgestellt und dasjenige zwischen den Klägern und der Caisse de liquidation als unerheblich ausser Betracht gelassen wurde. Denn wenn einmal angenommen werden muss, dass die Parteien unter sich Recht und Pflicht zur reellen Lieferung und Abnahme ausgeschlossen haben, so ist es für den Spielcharakter dieses Geschäfts nicht weiter von Belang, ob die Kläger, die dem Beklagten gegenüber als Selbstkontrahenten aufgetreten waren, sich ihrerseits gedeckt haben, und ob diese Deckung ebenfalls mittelst eines reinen Differenzgeschäfts oder aber mittelst eines wirklichen Lieferungsgeschäfts bewerkstelligt worden sei. (Entsch. v. 21. Sept. 1895 i. S. Latham & Cie c. Soller.)

---

22. *Art. 525, 678 u. 717 O. R. Nichteingetragene Genossenschaft, mangelnde Gerichtsfähigkeit.*

Bezüglich der Frage, ob die Sennereigenossenschaft H.-M. als solche Trägerin der eingeklagten Ansprüche sein könne, ist zu bemerken: Die Fähigkeit, selbständig Rechte und Pflichten zu haben, besitzen nach eidgenössischem O. R. zunächst diejenigen Personenverbände, die als Kollektiv-, Kommandit- oder Aktiengesellschaften konstituiert sind (Art. 559, 597 und 625 O. R.). Daneben steht diese Fähigkeit den korporativen Verbänden zu, welche durch Eintragung in das Handelsregister das Recht der Persönlichkeit erlangen. Diesfalls bestimmt Art. 678, Personenverbände, welche, ohne zu den erstgenannten Gesellschaften zu gehören, gemeinsame Zwecke des wirtschaftlichen Verkehrs verfolgen, müssen sich, um als Genossenschaften das Recht der Persönlichkeit zu erwerben, in das Handelsregister eintragen lassen. Eine Ergänzung dieser Bestimmung enthält Art. 717 ibid., welcher wirtschaftlichen Vereinen, welche sich nicht in das Handelsregister haben eintragen lassen, das Recht der Persönlichkeit versagt und dabei bestimmt, dass für Rechtshandlungen, die im Namen solcher Vereine gegenüber Dritten abgeschlossen worden sind, die Handelnden persönlich und solidarisch den Dritten gegenüber verantwortlich sind, mit Vorbehalt des Rückgriffes auf die übrigen Vereinsmitglieder. Nun liegt auf der Hand, dass es sich hier nicht um eine Gesellschaft der erstgenannten Art handelt; die Sennereigenossenschaft ist weder eine Kollektivgesellschaft, noch eine Kommandit- oder Aktiengesellschaft. Dagegen ist sie, wie aus ihren Statuten hervorgeht, unzweifelhaft eine Personenvereinigung zu Zwecken des wirtschaftlichen Verkehrs. Als solche konnte sie nach den citierten Bestimmungen des eidg. O. R. die Fähigkeit, selbständig Träger von Rechten und Pflichten zu sein, nur erlangen, wenn sie durch Eintragung in das Handelsregister die juristische Persönlichkeit erwarb. Dies ist nun aber nicht geschehen. Die Sennereigenossenschaft H.-M. ist, wie die Klage selbst zugiebt, im Handelsregister nicht eingetragen. Es fehlt ihr somit die Eigenschaft, als selbständiges Rechtssubjekt auftreten zu können, und die Folge hievon ist die, dass durch Rechtshandlungen, die im Namen dieses Personenverbandes vorgenommen worden sind, weder Rechte noch Pflichten für denselben, als eines einheitlichen Rechtssubjektes, begründet werden konnten, und dass derselbe daher auch, als Gesamtheit, weder klagend auftreten, noch belangt werden kann. Ein derartiger, nicht im Handels-

register eingetragener Personenverband kann vielmehr Dritten gegenüber, auch wenn er korporativ organisiert ist, als einfache Gesellschaft erscheinen, wonach durch die im Namen der Gesellschaft abgeschlossenen Rechtsgeschäfte die einzelnen Mitglieder berechtigt und verpflichtet werden, soweit es die allmeinen Bestimmungen über Stellvertretung mit sich bringen. Art. 543 Abs. 2 O. R. (Entsch. v. 4. Okt. 1895 i. S. Sennereigenossenschaft Hinterfeld-Meien c. Burger.)

---

23. *Art. 896 O. R. Versicherungsvertrag. 1. Berechtigung auf die Versicherungssumme; 2. vertraglich bestimmte Frist zur Konstatierung und Anzeige des Unfalls, Bedeutung und Wirkung ihrer Versäumung.*

1. Hat der Versicherungsnehmer bei einer Unfallversicherung als Versicherte seine „natürlichen Erben“ (héritiers naturels) bezeichnet und haben letztere die Erbschaft ausgeschlagen, so fällt die Versicherungssumme in die Konkursmasse des Versicherungsnehmers.

2. Vertragsbestimmungen, wonach der Unfall, bei Vermeidung des Verlustes des Anspruches aus der Versicherung, binnen gewisser Frist durch einen Arzt konstatiert und dem Versicherer angezeigt werden soll, sind gültig, greifen aber nur Platz, wenn dem Versicherten bei Nichterfüllung jener Obliegenheiten ein Verschulden zur Last fällt. Auch kann sich der Versicherer nicht auf die Unterlassung der Anzeige durch den Versicherten berufen, wenn er von dem Unfall auf andere Weise Kenntnis erlangt hat. (Entsch. v. 22. Juli 1895 i. S. Versich.-Gesellschaft Le Soleil c. W^{twe} Covaudey.)

---

24. *Art. 896 O. R. Versicherungsvertrag. Vertragliche Suspension der Pflicht des Versicherers zur Zahlung der Versicherungssumme wegen Verzugs des Versicherungsnehmers mit Bezahlung der Prämien bei fortdauernder Verpflichtung des letztern zur Prämienentrichtung; Gültigkeit solcher Bestimmungen.*

In der Bestimmung eines Versicherungsvertrages, wonach die Pflicht des Versicherers zur Leistung von Unfallsentschädigungen suspendiert ist, wenn die Prämie innerhalb gewisser Frist nach Verfall nicht bezahlt würde, und dass ihr trotzdem das Recht auf den Verfall der laufenden Prämien gewahrt bleibe, kann ein Verstoss gegen die im Vertragsverhältnisse und speziell im Versicherungsvertag zu beobachtende bona fides nicht erblickt werden. Durch die ge-

nannte Klausel wird allerdings bewirkt, dass beim Verzug des Versicherungsnehmers in der Bezahlung der Prämie ein Zustand eintritt, wonach der eine Kontrahent nur verpflichtet und der andere nur berechtigt wird. Allein dieser Zustand soll eben nur infolge eines vertragswidrigen Verhaltens eines Kontrahenten, nämlich des Versicherungsnehmers, eintreten. Die hier streitige Vertragsbestimmung kann daher nicht so beurteilt werden, wie wenn zum vorneherein dem einen Kontrahenten nur Rechte und dem andern nur Pflichten zugeteilt worden wären. Es handelt sich vielmehr um die vertragliche Festsetzung der Verzugsfolgen, die den Vertragsparteien nach den Grundsätzen über Vertragsfreiheit unbeschränkt überlassen bleibt und für den Richter auch dann massgebend ist, wenn darin eine unnötige Härte liegen sollte. Derartige Klauseln kommen nicht nur bei der Unfallversicherung, sondern auch in andern Versicherungsarten, insbesondere bei der Feuerversicherung, regelmässig vor, und unbestreitbar haben die Versicherungsgesellschaften ein wichtiges Interesse an pünktlicher Regulierung der Prämien, das durch die gemeinrechtlichen Verzugsfolgen offenbar bei weitem nicht hinreichend geschützt ist und daher nach eingreifenden vertraglichen Schutzbestimmungen ruft. Freilich darf die Versicherungsgesellschaft diese Verwirkungsklauseln nicht dazu benutzen, um dadurch das Schicksal des Vertrages einzig in ihre Hände zu bringen. Sie darf den Versicherungsnehmer nicht durch ihre Passivität im Glauben lassen, sie verzichte auf die Fortsetzung des Vertrages, und dann nach Jahr und Tag die Prämien doch einfordern, zugleich aber eine allfällige Schadensforderung auf Grund der erwähnten Klausel abweisen; sondern sie ist verpflichtet, dem säumigen Gegenkontrahenten zu erkennen zu geben, ob sie auf dem Vertrage beharren wolle oder nicht. Hätte z. B. die Gesellschaft während längerer Zeit die Nichtbezahlung der alle zwei Monate zu entrichtenden Prämien stillschweigend hingehen lassen, so wäre ihrer Klage allerdings die Einrede der Arglist entgegen zu halten. Der Versicherungsnehmer kann sich nicht darauf berufen, er sei zu der Annahme verleitet worden, dass die Klägerin vom Vertrage abstehe. Nach der Police hat die Gesellschaft dem Versicherungsnehmer mittelst eingeschriebenen Briefes Anzeige zu machen, wenn sie wegen unterlassener Prämienzahlung den Vertrag aufheben will. Eine solche Anzeige ist dem Beklagten niemals zugekommen; er konnte daher jederzeit durch Zahlung der rückständigen Prämien die Suspension des Vertrages aufheben und wusste,

dass die Klägerin hiegegen keine Einwendungen erheben könne, so lange sie ihm ihren Rücktritt nicht in dieser Weise angezeigt hatte.

Auch unter Berufung auf die obligationenrechtlichen Bestimmungen betreffend die Konventionalstrafe kann der Wirkung der in Frage stehenden Vertragsbestimmung nicht begegnet werden; denn diese Bestimmung enthält keine Vereinbarung einer Konventionalstrafe, sondern eine von dieser verschiedene Verwirkungsklausel. Wie das Bundesgericht in seiner Entscheidung i. S. Schönholzer c. Schweiz. Mobiliarversicherungsgesellschaft (Amtl. Slg. Bd. 15, S. 614) ausgeführt hat, setzt die Konventionalstrafe die Vereinbarung einer Strafleistung des Fehlbaren an den Gläubiger voraus, welche an Stelle, oder neben die vertraglich bedungene Hauptleistung tritt. Um eine solche Strafleistung handelt es sich aber im vorliegenden Falle nicht; es wird dabei überhaupt keine der quantitativen Ermässigung fähige Leistung des Fehlbaren stipuliert, sondern die Suspension der vertraglichen Pflichten des andern Teils, und hiebei ist der Natur der Sache nach für die Ausübung des richterlichen Ermässigungsrechts nach Art. 182 O. R. kein Raum. (Entsch. v. 18. Okt. 1895 i. S. Vers.-Ges. Le Soleil c. Zini.)

---

25. *Art. 197 u. 213 B.-Ges. betr. Schuldbetreibung und Konkurs. Kompensation bedingter und betagter Forderungen im Konkurse.*

1. Bedingte und betagte Forderungen des Gemeinschuldners gehören zur Konkursmasse desselben, auch wenn die Bedingung oder die Fälligkeit vor Ausbruch des Konkurses noch nicht eingetreten ist, sondern erst während oder nach Schluss des Konkursverfahrens eintritt. Denn die Forderung entsteht nicht erst mit dem Eintritt der Bedingung, sondern derselbe entscheidet nur, ob die Forderung von Anfang an existiert hat oder nicht.

2. Im Konkurse findet die Kompensation auch mit bedingten Forderungen sowohl des Gemeinschuldners, als der Konkursgläubiger statt, sofern dieselben nur vor der Konkurseröffnung entstanden sind. (Entsch. v. 28. Sept. 1895 i. S. Rothen c. Masse Brandt.)

---

**26.** *Art. 286 u. 288 B.-Ges. betr. Schuldbetreibung und Konkurs, Anfechtungsklage. 1. Begriff der „unentgeltlichen Verfügung.“ 2. Genügt das objektive Missverhältnis zwischen der Leistung des Gemeinschuldners und der empfangenen Gegenleistung zur Anfechtung? Massgebender Zeitpunkt für die Feststellung des Missverhältnisses. 3. Zur Interpretation von Art. 288; Anführungs- und Beweispflicht des Anfechtungsklägers.*

Als anfechtbar erklärt Art. 286 cit. die Schenkungen und unentgeltlichen Verfügungen, welche der Schuldner innerhalb der letzten 6 Monate vor der Pfändung oder Konkurseröffnung vorgenommen hat, und stellt den Schenkungen die Rechtsgeschäfte gleich, bei denen der Schuldner eine Gegenleistung angenommen hat, die zu seiner eigenen Leistung in einem Missverhältnisse steht. Als unentgeltliche Verfügungen erscheinen alle diejenigen Rechtsgeschäfte, durch welche aus dem Vermögen des Schuldners etwas gegeben wird, wofür er ein entsprechendes Entgelt nicht erhält. Eine unentgeltliche Verfügung liegt also auch dann vor, wenn z. B. durch das betreffende Rechtsgeschäft die Zahlung oder Sicherstellung einer fremden Schuld bewirkt wird. Die Zahlung einer fremden Schuld liegt aber nicht vor, wenn ein Kollektivgesellschafter aus seinem Privatvermögen eine Gesellschaftsschuld bezahlt, denn nach Art. 564 O. R. haftet der Kollektivgesellschafter für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft solidarisch mit seinem ganzen Vermögen.

Bezüglich der Frage, ob durch das angefochtene Kaufgeschäft eine Leistung des Anfechtungsgegners angenommen worden sei, die zu seiner eigenen Leistung in einem Missverhältnis stand, so kann nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht zweifelhaft sein, dass schon das objektive Missverhältnis zwischen den beidseitigen Leistungen zur Anfechtung genügt, und weder der Nachweis einer Begünstigungsabsicht des Gemeinschuldners, noch eines Verschuldens des Anfechtungsgegners erforderlich ist. Vielmehr kann kraft Gesetzes jede innert der im Gesetze bezeichneten Frist erfolgte Leistung des Gemeinschuldners, für welche ihm kein oder kein genügendes Entgelt gegeben worden ist und daher den Gläubigern Befriedigungsmittel entzogen worden sind, zu Gunsten der Konkursgläubiger zurückverlangt werden. Immerhin muss dieses Missverhältnis ein so erhebliches sein, dass es bei gehöriger Aufmerksamkeit den Parteien hätte zum Bewusstsein kommen können. Für die Frage, ob ein solches Missverhältnis vorliege und demnach der Thatbestand des Art. 286 Ziffer 1 des zweiten Absatzes gegeben sei, ist der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses und

nicht der spätere des Konkursausbruches massgebend. Bestand nämlich beim Vertragsschlusse zwischen dem, was der Schuldner versprochen hat, und was er sich hat versprechen lassen, kein Missverhältnis, so ist die Annahme ausgeschlossen, dass bei gehöriger Sorgfalt die Parteien dieses Missverhältnis hätten kennen können, und der Gemeinschuldner dabei andere Interessen als diejenigen seiner eigenen Oekonomie im Auge gehabt habe; es kann daher ein solches Rechtsgeschäft den Schenkungen und unentgeltlichen Verfügungen logisch nicht gleichgestellt werden. Und wenn zur Zeit des Abschlusses die Voraussetzungen der paullianischen Klage nicht vorlagen, so könnte diese letzere auf ein erst später eintretendes Missverhältnis im Werte der vertraglichen Leistungen nur dann gegründet werden, wenn dies im Gesetze ausdrücklich als Anfechtungsgrund anerkannt wäre; dies ist aber nicht der Fall. Aus der Fassung des Art. 286 geht deutlich hervor, dass die in Abs. 2 Ziffer 1 daselbst genannten Rechtsgeschäfte wegen ihres schenkungsähnlichen Charakters anfechtbar erklärt werden, der hier eben verneint werden muss, und nichts deutet darauf hin, dass die Anfechtbarkeit auch dann begründet sein solle, wenn erst beim Konkursausbruch infolge inzwischen eingetretener Umstände ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung konstatiert werden kann.

Damit die Anfechtung auf Art. 288 gestützt werden könne, hat der Anfechtungskläger darzuthun, dass die angefochtene Rechtshandlung vom Schuldner in der dem andern Teile erkennbaren Absicht vorgenommen worden sei, seine Gläubiger zu benachteiligen, oder einzelne seiner Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen. Die Absicht der Schädigung der Gläubiger, bezw. die Begünstigung einzelner derselben liegt, wie das Bundesgericht mehrfach ausgesprochen hat, nicht nur vor, wenn die Schädigung bezw. die Begünstigung geradezu den Zweck des Rechtsgeschäfts bildete, sondern sie ist schon anzunehmen, wenn dieser Erfolg als die natürliche Konsequenz der Rechtshandlung vom Schuldner vorausgesehen werden musste. (Entsch. v. 19. Okt. 1895 i. S. Konkursmasse Forster c. Graf. Vrgl. auch Entsch. des B.-Ger. v. 6. April 1895 i. S. Suñer c. Faillite Suñer.)

---

27. *Art. 48 Abs. 18 des Transportreglements der schweiz. Eisenbahnen vom 11. Dez. 1893; Art. 21 u. 22 B.-Ges. betr. den Transport auf Eisenbahnen und Dampfschiffen v. 29. März 1893; Art.*

*220 O. R. 1. Pflicht des Empfängers transportierter Tiere zur Abnahme; Verwahrungspflicht der Eisenbahn bei Nichtabnahme; 2. Pfandrecht der Eisenbahnen am Frachtgute.*

1. § 48 Abs. 18 des Transportreglements schreibt vor, dass das Ausladen und Wegführen der Tiere aus der Station spätestens eine Stunde nach Ankunft auf der Bestimmungsstation zu erfolgen hat. Diese Vorschrift statuiert, wie aus der Vergleichung mit dem folgenden Absatz dieses Artikels hervorgeht, eine Verpflichtung nicht der Bahn, sondern des Empfängers. Kommt der Empfänger derselben nicht nach, so ist die Bahnverwaltung verpflichtet, sofern nicht zoll- oder sanitätspolizeiliche Vorschriften entgegenstehen, die Tiere auf Gefahr und Kosten des Empfängers in Unterkunft und Pflege zu geben (Art. 19 ibid.).

2. Liegt ein Verschulden der Bahnverwaltung in der Besorgung des Frachtgutes (in casu der Tiere) nach deren Ankunft nicht vor, so fällt damit auch die Behauptung, dieselbe habe die ihr als Faustpfandgläubigerin obliegende Diligenzpflicht verletzt, als unbegründet dahin und kann daher von einer Haftbarkeit der Bahn aus Art. 220 O. R. keine Rede sein.

3. Der Bahngesellschaft steht für ihre Ansprüche aus dem Frachtvertrag nicht bloss ein Retentionsrecht, sondern ein Pfandrecht an dem Frachtgut zu. Ihre Befugnis, das Frachtgut zurückzubehalten, ist daher nicht auf ihr Interesse an genügender Sicherheit beschränkt, sondern sie ist berechtigt, ohne Rücksicht auf den Betrag ihrer Forderung auf das ganze Frachtgut zu greifen, so lange der Empfänger den streitigen Betrag nicht bezahlt oder amtlich deponiert. (Entsch. v. 20. Sept. 1895 i. S. Muster c. Ver. Schw. Bahnen.)

---

## B. Entscheide kantonaler Gerichte.

---

28. *Irrtum über den Umfang eines Warenlagers; kein wesentlicher im Sinne des Gesetzes. Betrug seitens eines Dritten für die Partei unverbindlich. Art. 19, 25 O. R.*

**Aargau.** Urteil des Handelsgerichts vom 30. Oktober 1893.

Im Jahre 1886 übertrug die G. L. M. Cy. der Firma J. S. in Z. den Alleinverkauf ihrer Wachstuchfabrikate. 1888 wurde die Firma J. S. durch die Firma S. & Cie und letztere 1891 durch die Firma G. Tsch.-S. ersetzt. Sämtliche Aktiven

und Passiven der erloschenen Firma gingen jeweils an die neue über, ebenso das von der G. L. M. Cy. an die ursprüngliche Firma übertragene Kommissionsgeschäft samt Warenlager. 1892 ergaben sich Differenzen zwischen der Aufstellung des Kommissionärs und dem Lagerauszug, die zu der Entdeckung führten, dass unter dem frühern Firmainhaber J. S. eine Reihe von Unregelmässigkeiten vorgekommen sein mussten. — Die Kommittentin zog infolgedessen die erteilte Kommission zurück und belangte den derzeitigen Firmainhaber Tsch.-S. für den zu ihren Gunsten sich ergebenden Saldo von Fr. 3883. 40.

Tsch.-S. bestritt vorab grundsätzlich seine Haftbarkeit für den Manko an Kommissionsgut, weil derselbe durch seinen Vorgänger verursacht worden und letzterer den Kommissionshandel ausschliesslich und persönlich betrieben habe.

Eventuell erhob er die Einrede des Irrtums, indem er behauptete: Als er als Prokurist in das Geschäft seines Vorgängers eingetreten, habe laut damaliger Aufstellung nur ein kleiner Saldo zu Gunsten der G. L. M. Cy. bestanden. Das damals aufgestellte Inventar über das Warenlager sei von der Auftraggeberin genehmigt worden. Ein anderes Inventar habe man in der Folgezeit nicht mehr errichtet, und sein Vorgänger habe ihm, als er — Tsch.-S. — das Geschäft von jenem übernommen, die geschehenen bedeutenden Eingriffe in das Lager verheimlicht, so dass er sich über dessen Umfang erheblich getäuscht habe.

Das Handelsgericht wies jedoch den Beklagten mit diesen Einreden ab und zwar gestützt auf folgende

Erwägungen: Der von der Klägerin geltend gemachte Betrag von Fr. 3883. 40, der den Wert der verkauften Stücke repräsentiert, ist seiner Höhe nach unbestritten. Derselbe ist Firmenschuld. Der Beklagte hat nämlich das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernommen und darunter ausdrücklich das Linoleumlager. Das letztere muss deshalb als ein Bestandteil des Geschäfts angesehen werden, und die auf dieses Lager bezüglichen Fehlbeträge qualifizieren sich als Schulden, welche aus dem geschäftlichen Verkehr herrühren.

Es kann also die grundsätzliche Haftbarkeit des Beklagten als Firmainhaber für diese Schulden nicht im Zweifel sein. Die Einwendung, dass die Fehlbeträge aus früheren Zeiten herrühren, ist unerheblich, da der Beklagte, wie erwähnt, das Geschäft in Aktiven und Passiven übernahm.

Derselbe erhebt nun die Einrede, dass er sich bei Uebernahme des Geschäftes in einem wesentlichen, von S. wissent-

lich erzeugten Irrtum bezüglich der aus dem Linoleumlager resultierenden Verpflichtungen befunden habe. Er habe eine Leistung von erheblich grösserm Umfange versprochen, als es sein Wille gewesen sei.

In erster Linie fragt es sich, ob der behauptete Irrtum, wenn man ihn überhaupt als vorhanden annehmen will, ein wesentlicher sei. Er bezieht sich auf den Bestand des Lagers. Der Beklagte hielt diesen Bestand für grösser, als er in Wirklichkeit war. Er täuschte sich also über die Höhe der Aktiven. Der Irrtum waltete mithin offenbar über den Wert der verabredeten Leistung und muss deshalb als ein unwesentlicher im Sinne des Art. 21 des O. R. bezeichnet werden, der die Verbindlichkeit des Vertrages nicht hindert.

Aber auch angenommen, der Irrtum wäre ein wesentlicher, so würde er unzweifelhaft als eine Folge der Nachlässigkeit des Beklagten erscheinen. Es ist allgemeine kaufmännische Uebung, bei Uebernahme eines Geschäfts den Bestand desselben durch ein Inventar festzustellen. Tsch.-S. hat dies unterlassen. Er hat nicht gethan, was jeder sorgfältige Kaufmann thun sollte, so dass sein Irrtum lediglich als Folge seiner eigenen Fahrlässigkeit erscheint. Denn die Vornahme einer Inventur hätte ihn auf die Unrichtigkeit des von J. S. aufgestellten Lagerverzeichnisses führen müssen.

Was die Behauptung des Beklagten anbelangt, der Irrtum sei durch den Dolus des S. verursacht worden und deshalb der Vertrag über die Kommissionsübernahme für ihn — den Beklagten — unverbindlich, so ist darauf hinzuweisen, dass es sich im vorwürfigen Streitfalle nur um das Vertragsverhältnis zwischen den Litiganten handelt, dem S. als Dritter gegenübersteht. Wollte deshalb auch angenommen werden, dieses Vertragsverhältnis sei durch Arglist des S. zu stande gekommen, so könnte hierin gemäss Art. 25 des O. R. ein Auflösungsgrund nur dann gefunden werden, wenn der andere Vertragsteil, d. h. die Klägerin, den Betrug gekannt hätte oder hätte kennen sollen. Weder das eine noch das andere darf jedoch nach Lage der Akten angenommen werden. Das Vertragsverhältnis zwischen den Litiganten besteht trotz des angeblichen Betruges des S. zu Recht, und es ist Sache des Beklagten, S. in besonderem Verfahren für den Schaden zu belangen, den er durch dessen dolose Handlungsweise erlitten zu haben glaubt.

(Bericht des aarg. Handelsgerichts für 1893 u. 1894 an den Gr. Rat, S. 16 ff.)

**29.** ***Bail à loyer. L'obligation du bailleur de faire des réparations se résout en dommages-intérêts. Art. 111 et 277 C. O.***

**Genève.** Jugement de la Cour de justice civile du 4 mai 1895 d. l. c. Trottet c. Vaucher.

Trottet a loué à la veuve Vaucher sa villa à Plainpalais; le 8 février 1894, la veuve V. a assigné T. devant le tribunal pour s'entendre condamner à lui payer fr. 500 de dommages-intérêts et à exécuter certains travaux nécessités par l'humidité qui aurait envahi la maison de façon à la rendre inhabitable en partie. Le tribunal de 1re instance, après avoir constaté par expertise l'existence de l'humidité dans diverses pièces, a condamné Trottet à payer à dame V. fr. 400 de dommages-intérêts, et dame V. à payer à T. fr. 600 pour loyer au 15 décembre 1894, avec compensation de ces deux sommes. Les motifs disent: Le bailleur est tenu de délivrer et d'entretenir la chose louée dans un état approprié à son usage; or le rapport de l'expert constate qu'il y a de l'humidité dans les murs, ce qui constitue le bailleur en faute. Dame V. est donc en droit de réclamer des dommages-intérêts; en revanche, on ne saurait admettre qu'elle ait le droit d'obtenir du bailleur l'exécution des travaux jugés utiles par les experts pour remédier aux défauts de la chose louée ou d'être autorisée à les exécuter elle-même aux frais du bailleur; il lui reste, en revanche, le droit de se départir du contrat ou de demander de nouveaux dommages-intérêts si la chose louée n'est pas remise en l'état dans un délai convenable.

Les deux parties ont interjeté appel; dame V. conclut à la condamnation de T. à l'exécution des travaux indiqués dans le rapport de l'expert. Sur ce point, le seul qui nous intéresse, la Cour de justice, confirmant le jugement de 1re instance, s'est prononcée comme suit:

Considérant que, d'une manière générale, l'obligation de faire se résout en dommages-intérêts et que ce n'est qu'exceptionnellement que le créancier peut être autorisé à faire exécuter l'obligation aux frais du débiteur (art. 111), encore faut-il que l'ouvrage qu'il s'agit de faire ne puisse souffrir aucun retard et que le créancier n'ait d'autre moyen d'obtenir satisfaction;

Considérant que l'art. 277 C. O. donne au locataire, dans le cas où la chose louée n'est pas remise en l'état dans un délai convenable, le droit: 1. d'exiger une réduction proportionnelle de loyer; 2. se départir du contrat et 3. obtenir des dommages-intérêts si le bailleur est en faute, comme c'est le cas en espèce;

Qu'en ne reproduisant pas ici la clause finale de l'art. 111 du code, le législateur fédéral paraît avoir considéré la situation du preneur comme ne rentrant pas dans les exceptions prévues à cet article.

(La Semaine judiciaire, XVII [1895] pag. 465 ss.)

Anmerkung der Redaktion. Dieses Urteil zieht aus dem Art. 111 O. R. eine Konsequenz, die im Widerspruche mit der überwiegenden Zahl der schweizerischen Prozessordnungen, besonders der deutschen, steht. Diese enthalten die Bestimmung, dass Rechte auf Leistungen und Handlungen, sowohl Ansprüche auf Lieferung einer gekauften Ware, Uebergabe einer Mietwohnung, als Herstellung einer Arbeit u. s. w. auf dem Wege der Realexekution zur Vollstreckung gelangen, also eine verkaufte Sache dem Verkäufer, der sie nicht freiwillig hergiebt, mit Zwang weggenommen, die Herstellung der Arbeit durch einen Dritten oder den dazu ermächtigten Kläger auf Kosten des widerspänstigen Verurteilten vorgenommen wird. Das ist in den Prozessordnungen als die regelrechte Exekutionsart hingestellt. Das obige Urteil dagegen schränkt diese Möglichkeit auf die äussersten Notfälle ein, unter Berufung auf Art. 111 O. R., der doch für diese Beschränkung keinen Anhaltspunkt giebt, sondern das Wahlrecht des Gläubigers ausspricht, entweder Schadenersatz zu verlangen oder sich selbst zur Vornahme der Handlung ermächtigen zu lassen. Auch der aus Art. 277 O. R. gezogene Schluss scheint uns nicht begründet. Dass der Mieter vom Vermieter die Ausführung der notwendigen Reparaturen verlangen kann, liegt in der Konsequenz des Art. 276 zusammengehalten mit Art. 111 nach seiner naturgemässen Interpretation und dem Wahlrecht, das er dem Kläger giebt. Der Art. 277 kann also wohl nur das Recht des Mieters erweitern, in dem Sinne, dass er sofort den Vertrag aufheben darf, wenn er die Unannehmlichkeiten, die solche Arbeiten in der Mietwohnung für den Mieter mit sich bringen, nicht auf sich nehmen will. Dagegen wenn er diese Unannehmlichkeiten in den Kauf nehmen will, um die ihm sonst zusagende Wohnung zu behalten, so darf er auf Haltung des Vertrages klagen. So de lege lata. Eine andere Frage ist, ob das Prinzip des Genfer Urteils nicht aller Berücksichtigung wert wäre, wenn es sich de lege ferenda handelte. Die Realexekution in dem weiten Umfange, wie sie die Prozessordnungen aufstellen, hat viel Anstössiges, und gerade durch solche Mietreparaturen kann der Vermieter zu Leistungen verhalten werden, die ihm gar nicht für sein Haus passen.

---

**30.** *Prüfung der Ware. Rechtliche Bedeutung der Pflicht des Käufers zu solcher. Art. 246 O. R.*

**Baselstadt.** Urteil des Appellationsgerichts vom 9. Dezember 1895 i. S. H. Winkhaus & Cie c. Scheuchzer.

Hugo Winkhaus & Cie in Köln verkauften an A. Scheuchzer zweihundert Stück Handwaschmaschinen. Die Lieferung war in zwei Sendungen per Oktober und Dezember 1894 zu effektuieren. A. Sch. nahm die erste Sendung an, es stellten sich aber bald Mängel an dem Fabrikat heraus, und es erfolgten zahlreiche Reklamationen von Käufern, so dass A. Sch. die zweite Sendung ohne weiteres zur Disposition stellte. Die Verkäufer klagten auf Haltung des Kaufes und Bezahlung des Kaufpreises. Die erste Instanz verurteilte den Beklagten Sch. schon aus dem Grunde, weil er unterlassen habe, die refüsierte Ware (zweite Sendung) zu prüfen; indem er sie unausgepackt zurückgewiesen habe, habe er der vom Gesetz (Art. 246 O. R.) vorgeschriebenen Prüfungspflicht nicht Genüge geleistet, und diese Unterlassung habe nach demselben Artikel für den Käufer den Rechtsnachteil zur Folge, dass er die Ware nicht mehr beanstanden dürfe, vielmehr behandelt werde, als hätte er sie genehmigt, und von späterer Mängelrüge ausgeschlossen sei. — Das Appellationsgericht hat diese Ansicht nicht als richtig anerkannt und sich darüber folgendermassen geäussert:

„Es kann dem Umstande, dass Beklagter die zweite Sendung nicht geprüft, sondern ohne weiteres zur Disposition gestellt hat, nicht die entscheidende Bedeutung beigelegt werden, die ihr die erste Instanz beimisst. Wenn der Art. 246 O. R. von der Pflicht des Käufers zur Prüfung der Ware spricht, so kann das nur in dem Sinne verstanden werden, dass der Käufer sich die nötige Kenntnis von der Beschaffenheit der Ware verschaffen soll, bevor er wegen Mängel derselben Reklamationen erhebt. Hat der Käufer schon vor Ankunft der Ware diese Kenntnis erlangt, so ist nicht einzusehen, was ihn nötigen könnte, noch eine Prüfung vorzunehmen, denn das Wesentliche, was Art. 246 fordert, ist rechtzeitige Anzeige an den Verkäufer, und die Prüfung kann um so weniger als ein juristisch massgebendes Moment betrachtet werden, als eine solche meistens gar nicht zu kontrollieren und deren Unterlassung gar nicht nachzuweisen ist. Im vorliegenden Falle wäre eine formelle Prüfung zwecklos gewesen, da anerkanntermassen die Ware dasselbe Fabrikat und von derselben Qualität war wie die erste Sendung, der Beklagte also wusste, dass sie dieselben Mängel an sich trage

wie die frühere, und diese bestimmten Mängel bereits vor Abgang der zweiten Sendung dem Kläger namhaft gemacht und denselben ersucht hatte, mit der Absendung zuzuwarten, bis er besseres Fabrikat liefern könne."

Demgemäss sah sich das Appellationsgericht zu der weiteren Untersuchung betreffend wirklichen Vorhandenseins der behaupteten Mängel veranlasst und hat schliesslich auf Grund eines Sachverständigengutachtens die Kläger abgewiesen.

---

31. *Miete. Recht des Vermieters zur Vornahme notwendiger Reparaturen während der Mietzeit. Art. 278 O. R.*

**Zürich.** Urteil der Rekurskammer des Obergerichts vom 8. August 1894.

In der an E. vermieteten Wohnung zeigten sich Risse an den Wänden; der Vermieter U. wollte sie sofort ausbessern lassen und verlangte beim Audienzrichter, dass E., der sich diesen Arbeiten widersetzte, angehalten werde, die Wohnung seinen Arbeitern zu öffnen und die Ausführung der Reparatur nicht zu hindern. Der Audienzrichter ordnete eine Expertise darüber an, ob die Arbeiten dringlicher Natur seien oder nicht. Der Experte erachtete die Reparaturen als notwendig, aber nicht gerade dringlich. Der Audienzrichter wies daraufhin das Begehren ab, da die Unterlassung der Reparatur nicht unmittelbar einen Schaden oder eine Gefährdung zur Folge habe. Der vom Vermieter hiegegen erhobene Rekurs wurde gutgeheissen und der Mieter zur Gestattung der Arbeit angehalten.

Motive: Die erste Instanz giebt dem Art. 278 O. R. eine Auslegung, die schwerlich im Sinne des Gesetzes liegt. Da der Mieter nach Art. 277 für erhebliche Schmälerung des vertragsmässigen Gebrauchs des Mietobjekts, sei diese eine direkte Folge von Mängeln der Sache oder bestehe sie in den Unannehmlichkeiten, welche die Beseitigung solcher Mängel mit sich bringt, schadenersatzberechtigt ist, so besteht jedenfalls kein Grund, ein besonderes Gewicht auf das Erfordernis der Dringlichkeit der Ausbesserungen zu legen. Das Gesetz will mit dieser Bestimmung es dem Vermieter ermöglichen, das Mietobjekt auch entgegen der Einsprache des Mieters als sorgfältiger Hausvater zu verwalten. Mit einer Reparatur aber so lange zuzuwarten, bis die Gefahr für die Sicherheit des Hauses und seiner Bewohner eine unmittelbar drohende geworden ist, wäre keineswegs das Zeichen einer sorgfältigen Verwaltung.

Von diesem Gesichtspunkte entspricht es wohl dem Sinne des Gesetzes am richtigsten, wenn Art. 278 auf alle Reparaturen angewendet wird, deren Notwendigkeit feststeht.

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch. XIV S. 81 f.)

---

32. *Pachtvertrag. Aufhebung durch Konkurs des Pächters. Schadenersatzklage des Verpächters? Art. 315 O. R.*

**Basellandschaft.** Urteil des Obergerichts vom 24. Dezember 1894 i. S. Solothurn c. Masse Orishof.

Die Fischzuchtanstalt Orishof hatte 1893 steigerungsweise Fischenzen im Kanton Solothurn auf zehn Jahre für eine Gesamtsumme von Fr. 3310 per Jahr gepachtet. Am 23. Juni 1893 geriet sie in Konkurs; damit erlosch das Pachtverhältnis, und der Regierungsrat von Solothurn brachte diese Fischreviere auf neue Steigerung, löste aber als Pachtzins nur Fr. 2113, somit Fr. 1197 per Jahr oder für 8 Jahre Fr. 9576 weniger. Diesen Betrag fordert er nun als Schadenersatz und verlangt damit in der Kollokation admittiert zu werden. Beide Instanzen haben diese Schadenersatzforderung abgewiesen, das Obergericht mit folgenden Motiven:

Das O. R. hat im 8. Titel bei der Miete die allgemeine Bestimmung des Art. 96 O. R. zur Anwendung gebracht. Der Konkurs des Mieters hebt das Mietverhältnis nicht auf, er berechtigt den Vermieter nur, Sicherheit zu verlangen, und erst wenn diese nicht geleistet wird, treten die Folgen der Nichterfüllung des Vertrages ein. Bei der Pacht dagegen wird, offenbar zu Gunsten des Verpächters, dem Konkurse des Pächters die weitergehende Wirkung des Erlöschens des Pachtverhältnisses zugeschrieben; auch wenn der Pächter in der Lage wäre, die Erfüllung der vertragsmässigen Verpflichtungen ausreichend sicher zu stellen, um damit ein ihm vielleicht günstiges Vertragsverhältnis fortzusetzen, so ist es ihm nicht möglich. Deshalb konnte das Gesetz diese von ihm selbst zu Gunsten des Verpächters vorgeschriebene Vertragsaufhebung nicht als verschuldete Nichterfüllung eines Vertrags behandeln und eine Schadenersatzpflicht des Pächters nicht aussprechen, während dies sonst ohne Zweifel geschehen wäre, ebenso wie in einer Anzahl anderer, das Verhältnis von Pacht und Miete regelnden Artikel. Das Schweigen des Gesetzes ist demnach nicht einem Vergess oder Uebersehen zuzuschreiben, wie die Klagpartei annimmt, sondern ist die nötige Konsequenz des dem Art. 315 O. R. zu

Grunde liegenden Gedankens. Dafür spricht auch die Verweisung des Art. 315 auf Art. 312 und sein Vorbehalt für Fortsetzung der Pacht bis zum Ende des Pachtjahres nach geleisteter Sicherheit. Für die Anwendung des Art. 110 O. R. fehlen nach diesen Ausführungen die nötigen Voraussetzungen: das Gesetz behandelt den Konkurs an sich nicht von vornherein als eine verschuldete Nichterfüllung eines Vertrages.

(Amtsbericht des Oberger. v. 1894, S. 46 ff.)

---

33. *Reprise de l'actif et du passif de la maison du chef décédé. Engagement des associés de la nouvelle société envers les créanciers du décédé. Art. 142 § 2, 526 et 555 C. O.*

**Vaud.** Jugement du Tribunal cantonal du 5 novembre 1895 d. l. c. Landry c. Faillite von Gunten.

Le 6 mars 1883, Charles von Gunten s'est fait inscrire au registre du commerce comme chef de la maison „Ch. von Gunten, à Chamblon. Genre de commerce: Fabrique de bière.“ Il est décédé le 11 octobre 1892. Ses fils et héritiers Georges et Louis ont accepté sa succession et fait inscrire, le 12 janvier 1893, au registre du commerce que la maison dont leur père était le chef avait cessé d'exister, mais que eux, Georges et Louis v. G., avaient constitué, sous la raison von Gunten frères, une société en nom collectif commencée lors du décès de leur père, laquelle société reprenait l'actif et le passif de la maison Ch. von Gunten éteinte. Cette société a été mise en faillite le 10 avril 1895, et le même jour les associés ont remis personnellement leur bilan.

E. Landry est intervenu dans ces diverses faillites pour la somme de fr. 15,546. 95 provenant de travaux exécutés par Landry pour Ch. von Gunten dans les années 1882/91. Le préposé aux faillites a admis l'intervention dans chacune des faillites personnelles des associés, mais non dans celle de la société von Gunten frères, attendu que le compte qui était dû ne concernait pas la société, mais bien les deux associés personnellement. Le Président du Tribunal du district d'Yverdon, auquel Landry a porté son action en admission dans la faillite de la société, lui a alloué sa conclusion. La faillite défenderesse a recouru contre ce jugement, estimant que Landry, étant créancier de von Gunten père, dont les fils sont les successeurs, n'est pas un créancier social, mais bien un créancier personnel, et qu'il n'y a donc pas lieu de l'admettre comme créancier dans la faillite de la société. Le Tribunal cantonal a écarté le recours.

Motifs: Considérant que la société von Gunten frères, lors de sa création, par un acte officiel inscrit au registre du commerce, et publié dans la Feuille fédérale, a déclaré expressément se charger de toutes les dettes de Charles von Gunten, car, du vivant de celui-ci, il n'y avait pas de distinction à faire entre créanciers personnels et créanciers sociaux, puisqu'il n'y avait pas de société.

Que la déclaration insérée au registre du commerce constitue un engagement juridique par lequel les créanciers de Charles von Gunten sont devenus les créanciers de la société von Gunten frères.

Qu'en effet la société reprenant tout l'actif de la maison Ch. von Gunten, devait reprendre également tout le passif de celle-ci.

Considérant que même si ce premier point de vue n'était pas fondé, E. Landry, créancier de von Gunten père, serait devenu le créancier de la société von Gunten frères.

Que cela résulte expressément de toute une série d'actes, par lesquels la société se reconnaît débitrice envers Landry.

Que ces actes constituent la novation par la substitution du débiteur, prévue à l'art. 142 al. 2 C. O.

Considérant, enfin, que si la société en nom collectif constitue une personnalité juridique distincte de la personne des associés, cela suppose nécessairement des apports de la part de ces derniers, afin que soit la société, soit les associés aient chacun leurs biens propres (art. 555 et 526 C. O.).

Que, dans l'espèce, il n'existe aucun contrat de société, et aucun apport n'a été fait par les associés, de sorte que la société, irrégulièrement constituée, n'est au fond qu'une simple indivision.

Que, dans ces conditions, il ne devrait y avoir qu'une seule et même faillite, celle de la société von Gunten frères, ces derniers n'ayant pas de biens qui leur soient personnels.

(Journal des tribunaux XLIII [1895] p. 745 ss.)

---

34. *Contrat de change. Effets civils. Art. 813, 827 C. O.*

a) **Genève.** Jugement de la Cour de justice civile du 9 mars 1895 d. l. c. Foex & Cie c. veuve Lambert.

Foex & Cie sont porteurs d'une traite de fr. 109. 35 tirée par Caret sur la veuve Lambert et revêtue de l'acceptation de celle-ci. La veuve Lambert n'a pas payé l'effet à son échéance, un protêt, faute de paiement, a été dressé, F. & Cie ont notifié à la veuve L. un commandement de leur payer le montant de la traite et ont obtenu, en suite d'opposition de

veuve L. à ce commandement, la main-levée de l'opposition sur la production de la traite.

C'est alors que dame L. a formé une demande en libération de dette contre F. & Cie en se fondant sur ce que ce n'était pas elle qui avait apposé sa signature sur la traite; elle a conclu à ce que F. & Cie fussent condamnés à lui rembourser fr. 193. 45 que ceux-ci avaient touchés à la suite d'une saisie pratiquée contre elle. Foex & Cie ont offert de prouver que l'acceptation qui figure sur la traite a été écrite sur l'ordre et pour le compte de dame L., soit par sa nièce, soit par sa bonne. Le Tribunal de 1re instance a prononcé que dame L. était libérée de toute dette envers Foex & Cie, vu que le contrat de change doit être fait par écrit et ne peut obliger que les personnes dont la signature figure sur le dit contrat; qu'un contrat de cette nature ne peut pas être signé par une personne pour le compte d'une autre et que, par conséquent, la lettre de change produite doit être considérée comme n'ayant pas été régulièrement acceptée. — La Cour de justice a réformé ce jugement et admis la preuve offerte par Foex & Cie.

Motifs: Considérant que c'est à tort que les premiers juges se sont attachés à l'examen de la seule question de la régularité du contrat de change;

Que ce n'était là qu'un des éléments de la question soulevée par la demande de la veuve L.;

Qu'en effet, celle-ci pouvait être en réalité débitrice de Foex & Cie, malgré l'irrégularité de l'acceptation, ainsi que cela résulte de l'art. 813 al. 2 C. O., et qu'il lui appartenait, en vertu de l'art. 86 de la loi sur la poursuite pour dettes, de prouver que la somme n'était pas due;

Considérant que, dans l'espèce, cette preuve résulte du fait, non contesté par Foex & Cie, que ce n'est pas elle qui a signé la traite, mais qu'elle est susceptible d'être combattue par la preuve contraire, et notamment par la preuve que, lorsque la traite lui a été présentée à l'acceptation, elle a reconnu en devoir le montant et donné mandat à un tiers de l'accepter pour son compte;

Considérant qu'à cet égard la preuve offerte par Foex & Cie est admissible et pertinente, car, s'il est prouvé qu'elle a donné à un tiers le mandat d'accepter la traite pour elle, ce fait, rapproché de la déclaration qu'elle a faite à l'huissier qui a dressé le protêt, qu'elle ne pouvait payer, est de nature à établir qu'elle se reconnaissait réellement débitrice du montant de la traite. (La Semaine judiciaire, XVII [1895] p. 454 s.)

---

b) **Genève.** Jugement de la Cour de justice civile du 15 juin 1895 d. l. c. Spuller c. Chazelas.

Spuller a réclamé à Chazelas le paiement de la somme de fr. 400, montant d'un billet de change à l'échéance du 16 février 1887 souscrit par Chazelas à l'ordre de Gaget le 16 novembre 1886. Ce billet qui avait été avalisé par Spuller est produit par ce dernier avec la mention suivante: „Acquitté des mains de M. J. Spuller, Genève, le 17 février 1887. (signé) Gaget.“ Chazelas a opposé à cette demande une exception de prescription tirée des dispositions de l'art. 829 C. O.; il soutient que l'action de Spuller a subi la prescription de trois ans prévue par cet article pour l'action contre le souscripteur d'un billet de change. Cette exception a été admise par les premiers juges. La Cour de justice a réformé ce jugement.

**Motifs:** Aux termes de l'art. 809 C. O., le recours du donneur d'aval contre la personne qu'il a garantie est régie par les dispositions relatives au cautionnement; la caution qui a payé est donc aux termes de l'art. 504 C. O. subrogée aux droits du créancier jusqu'à concurrence de ce qu'elle lui a payé; il résulte donc bien de ces articles que Spuller, qui justifie avoir comme caution, payé le montant du billet dont Chazelas était le souscripteur est subrogé aux droits que Gaget peut avoir contre ce dernier.

Aux termes des art. 813 et 827 § 12 C. O., le souscripteur d'un billet de change, même après avoir été libéré par suite de prescription, reste obligé par les voies civiles ordinaires envers le porteur jusqu'à concurrence du bénéfice qu'il aurait fait à ses dépens.

Gaget, s'il n'avait pas été payé par le donneur d'aval, Spuller, aurait donc, malgré la prescription de trois ans prévue pour les actions dérivant du contrat de change à raison de sa nature spéciale, conservé une action civile contre Chazelas jusqu'à concurrence du bénéfice réalisé à ses dépens, soit jusqu'à concurrence du montant de la somme versée par lui en échange du billet qui lui a été souscrit par Chazelas. De ce billet lui-même, il résulte que Chazelas en a reçu la valeur comptant; en ne remboursant pas cette valeur, il s'enrichirait donc aux dépens de Gaget, soit de Spuller subrogé aux droits de ce dernier jusqu'à concurrence de la même somme. La prescription de trois ans ne peut donc être opposée à l'action de Spuller en tant qu'action civile en restitution du bénéfice fait à ses dépens par Chazelas.

(La Semaine judiciaire XVII [1895] p. 524 ss.)

---

35. *Arrest. Unzulässigkeit gegen auswärtige Firmen, die in der Schweiz eine Zweigniederlassung haben. B.-Verf. Art. 59 und B.-Ges. betr. Schuldbetreibung und Konkurs Art. 271, Ziff. 4.*

**Zürich.** Urteil der Appellationskammer des Obergerichts vom 13. Juli 1895 i. S. Schwarz c. Buchstein.

F. Buchstein erwirkte für ein angebliches Lohnguthaben auf die Gebrüder H. und Sigmund Schwarz in Konstanz bei dem Audienzrichter in Zürich einen Arrest auf drei Guthaben derselben, gestützt auf Art. 271 Ziff. 4 B.-Ges. über Schuldbetreibung und Konkurs. Die Betroffenen bestritten das Vorhandensein dieses Arrestgrundes, weil sie in der schweizerischen Gemeinde Emmishofen seit 1891 ein Zweiggeschäft besitzen und auch einer der Gesellschafter, Heinrich Schwarz, daselbst niedergelassen sei. Der Einzelrichter wies die auf Arrestaufhebung gerichtete Klage ab, dagegen die Appellationskammer hiess sie gut und hob den Arrest auf.

Motive: Nach der Praxis des Bundesgerichts (b.-g. Entsch. XVIII, 651) kann der Inhaber eines Handelsetablissements, trotz der Vorschrift des Art. 59 B.-Verf., aus den auf den Betrieb dieses Etablissements bezüglichen Geschäften am Orte der Handelsniederlassung auch dann belangt werden, wenn er sein persönliches Domizil in einem andern Kanton hat, und es gilt dies nicht nur für die Hauptniederlassung, sondern auch für eine Zweigniederlassung. Damit ist letztere dem „Wohnorte“ im Sinne der B.-Verf. hinsichtlich der Frage der Belangbarkeit gleichgestellt. Dagegen kann es sich dennoch fragen, ob ein derartiges, dem Wohnsitz gleichgestelltes Verhältnis auch geeignet sei, die Verhängung eines Arrestes auszuschliessen, oder ob hiefür nicht erforderlich sei, dass der Schuldner an dem betreffenden Orte thatsächlich wohne, und es ist zu Gunsten der letzteren Ansicht darauf zu verweisen, dass Art. 50 B.-Ges. über Schuldbetreibung und Konkurs bestimmt, im Auslande wohnende Schuldner, die in der Schweiz eine Zweigniederlassung besitzen oder zur Erfüllung einer Verbindlichkeit ein Spezialdomizil gewählt haben, können für die betreffenden Verbindlichkeiten am Sitze dieser Niederlassung bezw. am Orte dieses Spezialdomizils belangt werden, ohne dass in Tit. VIII des Gesetzes irgend welche Einschränkung des in Art. 271 Ziff. 4 enthaltenen Grundsatzes gemacht wird, dass ein Arrestgrund vorliegt, wenn der Schuldner nicht in der Schweiz wohnt. Es ist denn auch in der Praxis der Arrestgrund des Art. 271 Ziff. 4 in der That dann als vorhanden erklärt worden, wenn ein Landesfremder zwar in einer schweizerischen Gemeinde Domizil genommen hat,

daselbst die Steuern bezahlt und sich betreiben lässt, dagegen thatsächlich nicht an diesem Orte wohnt (H. E. XIII, S. 111).

Dagegen trifft, wenn es sich um Schulden einer Geschäftsfirma handelt, der Arrestgrund des Art. 271 Ziff. 4 dann nicht zu, wenn die betreffende Firma im Inlande nicht nur für die Gesellschafter, bezw. für eine Geschäftsniederlassung ein rechtliches Domizil verzeigt hat, sondern daselbst eine, einen gegenüber der Arrestforderung nicht von vorneherein verschwindenden Assekuranzwert repräsentierende Niederlassung thatsächlich besitzt. Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall vorhanden . . . .

Darnach war der Arrest schon zur Zeit von dessen Auswirkung nicht begründet, da das diese Niederlassung darstellende Warenlager im Assekuranzbetrage von fr. 1000 jedenfalls schon vorher bestand. Es wäre daher nicht nötig, auf die Frage einzutreten, ob erst nach Auswirkung eines Arrestes eintretende Thatsachen im Arrestprozesse noch zu berücksichtigen seien.

Gleichwohl mag bemerkt werden, dass dem diese Frage verneinenden und im Kommentar von Weber und Brüstlein (Art. 279 Note 5) unterstützten Standpunkt der ersten Instanz hierorts nicht beigetreten werden kann.

Die Appellationskammer hat in Abweichung von der Ansicht des Kommentars bereits entschieden, dass erst nachträglich entstandene Arrestgründe ohne neuen Arrestbefehl zu berücksichtigen seien (H. E. XI 236), und es ist nicht einzusehen, warum es nicht gleich zu halten sei, wenn gestützt auf eine nach Auswirkung eines Arrestes eingetretene Thatsache dessen Aufhebung verlangt wird. Das Prinzip, dass bei Beurteilung einer Streitsache derjenige Thatbestand zu Grunde zu legen sei, der zur Zeit der Einleitung der Klage vorhanden gewesen ist, hat seine Berechtigung im ordentlichen Civilprozess, wo es sich in der Regel darum handelt, ein materielles Recht, das objektiv eigentlich bereits besteht, durch richterliches Urteil rechtskräftig festzustellen.

Der Arrestprozess verfolgt dagegen einen andern Zweck: die Sicherstellung vorhandener oder vermeintlicher Ansprüche gegenüber der Gefahr, dass dem Ansprecher die wirksame Verfolgung seiner Ansprüche unmöglich gemacht oder erschwert würde.

Wenn nun das Gesetz eine Anzahl Fälle aufführt, bei deren Vorhandensein eine solche Gefahr angenommen wird, so geht aus dem genannten Zweck des Arrestes hervor, dass

der letztere nur dann und nur so lange begründet ist, als diese, eine Gefahr involvierenden Thatsachen existieren.

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch. XIV [1895] S. 264 ff.)

---

**36.** *Testamente von Ausländern. Anwendbarkeit des Heimats- oder des Wohnsitzrechtes bezüglich ihrer materiellen Gültigkeit. B.-Ges. betreffend die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen vom 25. Juni 1891, Art. 22, 24 u. 32.*

**Thurgau.** Urteil des Obergerichts vom 31. August 1895 i. S. v. Zabeltitz c. v. Langenn.

Am 24. Juni 1894 verstarb in der Villa Neuhof bei Landschlacht ohne Leibeserben Baron Otto Albert Bernhard von Langenn, bürgerlich von Tharandt in Sachsen. Derselbe hatte vor seinem Wegzug aus Sachsen auf dem Gerichtsamt im Bezirksgericht Dresden ein vom 29. Juni 1873 datiertes Testament niedergelegt, in welchem er seine nunmehrige Witwe, die damals seine Braut war, als Universalerbin bezeichnete, verschiedene Legate im Gesamtbetrage von 22,300 Thaler aussetzte, den Hofrat Karl von Könneritz zum Testamentsvollstrecker ernannte und sich speziell vorbehielt, zu dem Testamente „aussergerichtliche Nachträge zu errichten.“ Von diesem Vorbehalt machte Baron von Langenn Gebrauch, indem er durch Codicill vom 1. November 1875 die Einsetzung seiner Ehegattin zur Universalerbin bestätigte, dagegen alle in dem Testamente und sonstigen Codicillen frühern Datums enthaltenen Legate und legatarischen Bestimmungen widerrief.

Auf den vom Bezirksgericht Kreuzlingen unterm 19. November 1894 beschlossenen Erbenaufruf machten u. a. Ernst und Maria von Zabeltitz als pflichtteilsberechtigte Intestaterben Erbansprüche geltend, unter Berufung auf das Thurgauer Recht, das hier massgebend sei und die freie Verfügung des Erblassers über sein hauptsächlich von seiner Ascendenz ererbtes Vermögen ausschliesse (§ 59 litt. c Erbges.). Die Witwe wollte dagegen das sächsische Recht angewendet wissen, wonach Testament und Codicill formell gültig und materiell unanfechtbar seien. Diese Frage wurde von beiden Instanzen zu Gunsten der Anwendbarkeit des Thurgauer Rechts entschieden, vom Obergericht mit folgender Motivierung:

In erster Linie ist die Frage zu entscheiden, welches Recht, ob dasjenige der Heimat oder das des letzten Wohnsitzes des Erblassers, d. h. sächsisches oder thurgauisches

Recht, für die Beurteilung des gegenwärtigen Erbstreites massgebend ist. Diese Frage beantwortet sich nach den Artikeln 32, 22 und 24 des Bundesgesetzes betreffend die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter vom 25. Juni 1891. Nach Art. 32 u. 22, Absatz 2, des citierten Bundesgesetzes kann ein im Kanton Thurgau wohnhafter Ausländer durch letztwillige Verfügung oder durch Erbvertrag die Erbfolge in seinen Nachlass dem Rechte seines Heimatlandes unterstellen. Eine solche Willenserklärung muss aber in einer letztwilligen Verfügung oder einem Erbvertrage ausdrücklich ausgesprochen sein; sie kann nicht schon aus der Thatsache gefolgert werden, dass ein Ausländer, der zur Zeit, als er noch im Auslande wohnte, daselbst ein Testament errichtete, dasselbe nach seiner Uebersiedelung in den herwärtigen Kanton einfach unverändert fortbestehen liess; in einem solchen Falle ist nach Art. 24 des citierten Bundesgesetzes lediglich die Frage der formellen Gültigkeit des Testamentes nach dem Rechte der Heimat des Erblassers zu beurteilen, wogegen die Frage der materiellen Gültigkeit des Testamentsinhaltes nach dem Rechte des letzten Wohnsitzes des Erblassers sich entscheidet. Nach diesen Grundsätzen genügt die Thatsache, dass Baron von Langenn vor seinem Wegzug nach der Schweiz in Sachsen ein Testament errichtete und dasselbe später durch ein Codicill teils abänderte, teils bestätigte, nicht, um die ganze Erbfolge in seinen Nachlass dem sächsischen Rechte zu unterstellen; letzteres ist nur bezüglich der formellen Gültigkeit des Testamentes, welche übrigens von den Klägern nicht bestritten wird, massgebend; dagegen ist die materielle Rechtsbeständigkeit des Testamentes, speziell die Frage der Verletzung des Pflichtteils, nach dem thurgauischen Rechte zu beurteilen. Hienach erweist sich von vornherein die Berufung der Beklagten als unbegründet.

---

## A. Grundsätzliche Entscheide des Bundesgerichts.

---

37. *Art. 56 ff. B.-Ges. betr. Organisation der Bundesrechtspflege. Ist die Berufung auch gegen bedingte Endurteile zulässig?* [1])

Bedingte Endurteile, durch welche die Gutheissung oder Abweisung der Klage von der Leistung, resp. Nichtleistung eines Eides abhängig gemacht ist, sind keine Haupturteile im Sinne des Art. 58 B.-Ges. betr. Organisation der Bundesrechtspflege. Vielmehr muss zuerst festgestellt werden, ob der Eid geleistet oder nicht geleistet und daher die Klage gutgeheissen oder abgewiesen ist. In welcher Weise diese Feststellung zu erfolgen hat, bestimmt sich nach kantonalem Recht; mag dieselbe in einer neuen Erkenntnis oder lediglich in einer Protokollaufnahme geschehen, so läuft die Berufungsfrist doch erst von jener Feststellung an. (Entsch. v. 21. Februar 1896 i. S. Schweizer c. Haartsch.)

---

38. *Art. 1, 5 u. 14 O. R. 1. Offerte oder Aufforderung zur Stellung von Offerten? 2. Vorbehalt der Schriftform; genügt zur Annahme eines solchen Vorbehalts, dass Verträge der betreffenden Art übungsgemäss in Schrift verfasst werden?*

1. Nachdem Beklagter der Klägerin seine Pläne zugestellt und über eine Reihe von Punkten von derselben Aufschlüsse verlangt und auch erhalten hatte, waren die Unterhandlungen schliesslich am 25. August so weit gediehen, dass sich die Klägerin bereit erklärte, die drei Dampfkessel fracht- und zollfrei Bahnhof Zürich zum Preise von Fr. 20,800 zu liefern; und zwar hatte der Beklagte die Angabe des Gesamtpreises unmittelbar vor dem Eintreffen dieser Erklärung telegraphisch reklamiert, mit der Bemerkung, er sei pressiert abzuschliessen. Wenn er nun bei dieser Situation an die Klägerin telegraphierte, ob sie das Geschäft mit runder Ziffer von Fr. 20,000 abschliessen wolle, so hiess das nichts anderes, als er sei seinerseits zum Abschluss bereit, wenn die

---

[1]) Vgl. Revue XII No. 26.

Klägerin in die vorgeschlagene Herabsetzung des Preises einwillige. So durfte die Klägerin den Sinn seiner Depesche nach den Umständen, unter welchen sie abgegeben worden war, verstehen, und der Beklagte muss daher auch diese Auslegung nach den Grundsätzen von Treu und Glauben gegen sich gelten lassen. Seine Behauptung, er habe damit bloss eine Einladung an die Klägerin, ihm ihrerseits eine Offerte zu stellen, beabsichtigt, ist demnach nicht zu hören; ihre Offerte hatte die Klägerin in ihrem Schreiben vom 25. August bereits gemacht und darin ihre Propositionen mit aller Deutlichkeit bestimmt; wenn der Beklagte daraufhin anfragte, ob sie zu dem niedrigeren Preis von Fr. 20,000 abschliessen wolle, so lag hierin eben ein selbständiges Vertragsangebot, und nicht bloss die an den andern Teil gerichtete Aufforderung zu einer neuen Offerte, zu welcher ja, wenn ihm die Klägerin entsprach und in seinen bestimmt formulierten Abänderungsvorschlag einwilligte, keine Veranlassung war. Muss aber der Beklagte bei seiner Depesche in dem Sinne behaftet werden, in welchem die Klägerin dieselbe bona fide auffassen durfte, so erscheint seine Behauptung, dass er gemeint habe, dadurch nicht gebunden zu sein, als unerheblich.

2. Die Frage, ob die Kontrahenten erst mit der Erfüllung der schriftlichen Form gebunden seien, ist eine reine Rechtsfrage, die nicht der Experte, sondern der Richter zu entscheiden hat. Die Entscheidung dieser Frage hängt, da es sich um einen Vertrag handelt, der vom Gesetz an keine Form gebunden ist, davon ab, ob die Parteien die schriftliche Form vorbehalten haben, in welchem Falle die Vermutung Platz greift, dass sie vor Erfüllung der Form nicht verpflichtet sein wollten (Art. 14 O. R.). Zum Beweis eines solchen Vorbehaltes genügt die Behauptung, dass es üblich sei, derartige Verträge in Schrift zu verfassen, offenbar nicht. Der Vorbehalt der schriftlichen Vertragsform muss, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, von den Parteien erklärt sein. (Entsch. v. 25. November 1895 i. S. Ernst c. de Nayer & Cie.)

---

39. *Art. 17, 179 u. 182 O. R. 1. Konkurrenzverbot, Zulässigkeit. 2. Wegfall desselben mit Aufgabe des Geschäfts des Berechtigten. 3. Konventionalstrafe und Interesse; Ermässigungsrecht des Richters.*

S., Geschäftsreisender bei O., hatte sich vertraglich verpflichtet, bei Auflösung des Dienstverhältnisses weder ein

Konkurrenzgeschäft zu eröffnen, noch sich direkt oder indirekt an einem solchen zu beteiligen, noch während fünf Jahren nach dem Austritte bei Vermeidung einer Konventionalstrafe von Fr. 5000 in der Schweiz, in Italien und Savoyen an einem gleichen oder ähnlichen Geschäfte in irgend einer andern Weise sich zu beteiligen oder für ein solches zu reisen. Im Mai 1891 trat S. bei O. aus und sodann im September 1894, also im vierten Jahre nach seinem Austritt, bei einem Konkurrenten des O. ein. Gestützt hierauf und unter Berufung auf den genannten Vertrag erhob O. Klage gegen S. auf Zahlung der Konventionalstrafe. Das kantonale Gericht hat die Klage im Betrage von Fr. 500 gutgeheissen und hiegegen nur S. die Berufung ans Bundesgericht ergriffen. Dem das kantonale Urteil bestätigenden Urteile des Bundesgerichts entnehmen wir Folgendes:

1. Allerdings ist richtig, dass Konventionalstrafen nur zur Wahrung berechtigter Interessen vereinbart werden können, allein dies ist hier der Fall. Der Teil des Konkurrenzverbotes, der hier allein in Frage ist, wonach Beklagter sich verpflichtet hat, für kein dem klägerischen ähnliches Geschäft in der Schweiz, Italien und Savoyen zu reisen, diente unzweifelhaft einem berechtigten Interesse des Klägers, welcher sich davor schützen wollte, dass ehemalige Angestellte, welche als solche mit seiner Kundschaft bekannt geworden sind, diese Kenntnis zu seinem Nachteil ausbeuten. Beklagter selbst giebt zu, dass das Absatzgebiet der schweizerischen Cichorien- und Kaffeesurrogatfabriken sich wegen der Zollverhältnisse auf die benannten drei Länder beschränke, und daraus folgt ohne weiteres das Interesse des Klägers an jenem Konkurrenzverbote. Auch ist das Verbot zeitlich und örtlich so beschränkt, dass es die wirtschaftliche Existenz des Beklagten weder aufhebt, noch erheblich beeinträchtigt. Dasselbe ist sachlich auf das Reisen für ein dem damaligen klägerischen gleiches oder ähnliches Geschäft, zeitlich auf fünf Jahre und örtlich auf die genannten Gebiete beschränkt, und nun ist in keiner Weise dargethan oder auch nur zum Beweise verstellt, dass ein Reisender in Cichorien oder Kaffeesurrogaten ausser stande, d. h. nicht befähigt sei, in einem andern Geschäfte, sei es als Reisender, oder in anderer Stellung thätig zu sein, noch dass Kaffeesurrogate oder Cichorien nur in den genannten Gebieten, auf welche sich das Konkurrenzverbot bezieht, fabriziert oder vertrieben werden. Uebrigens ist Beklagter thatsächlich von seinem im Mai 1891 erfolgten Austritte beim Kläger bis zu seinem

Eintritt bei M. im September 1894 anderweitig beschäftigt gewesen, sei es in einem andern Geschäfte in der Schweiz, oder in einem dem klägerischen ähnlichen im Ausland. Allerdings hat er in seiner Klagebeantwortung erklärt, er habe wegen des Konkurrenzverbotes keine rechte Stelle finden können, allein diese Behauptung kann schon deswegen nicht berücksichtigt werden, weil sie jeden Beweises entbehrt. Beklagter hat über seine Thätigkeit während jener Zeit gar keine Auskunft gegeben.

2. Das Konkurrenzverbot fällt, wie das Bundesgericht in Sachen Tschupp c. Schwerzmann (B. G. Entsch. Bd. XVII S. 720 Erw. 2)[1]) ausgesprochen hat, mit der Aufgabe des Geschäftes, in dessen Interesse es vereinbart worden ist, dahin. Ist aber das Verbot übertreten worden, bevor das Geschäft aufgegeben, bezw. veräussert wurde, und auch die Klage zu einer Zeit eingeleitet worden, als der aus dem Vertrage Berechtigte noch Inhaber des Geschäftes war, so kann ihm die Klageberechtigung nicht abgesprochen werden, wogegen allerdings mit Rücksicht darauf, dass das Konkurrenzverbot für die Zeit nach der Veräusserung des Geschäftes gegenstandslos geworden ist, diese Geschäftsveräusserung bei der Frage der Moderation der Konventionalstrafe berücksichtigt werden muss.

3. Die Konventionalstrafe will in der Regel den für die Nichterfüllung der vertraglichen Verpflichtung zu leistenden Schadenersatz bestimmt festsetzen, und es darf daher eine Herabsetzung durch den Richter nur dann erfolgen, wenn sie offenbar über dieses Ziel in einer Weise hinausgeht, welche mit den Anforderungen der Gerechtigkeit und Billigkeit im Widerspruch steht, d. h. der Berechtigte sich bei Zusprechung der vollen Konventionalstrafe offenbar auf Kosten des Verpflichteten bereichern würde. Allein daraus folgt nicht, dass der Kläger, wenn er die Konventionalstrafe einfordert, den Beweis zu leisten habe, dass der ihm durch die Uebertretung des Konkurrenzverbotes entstandene Schaden die Höhe der Konventionalstrafe erreiche. Vielmehr kann sich der Kläger einfach an diese vertragliche Festsetzung halten, und ist es Sache des Verpflichteten, nötigenfalls diejenigen thatsächlichen Momente darzuthun, welche die vereinbarte Konventionalstrafe als eine übermässige erscheinen lassen. (Entsch. v. 20. Dezember 1895 i. S. Senn c. Oppliger.)

---

[1]) Revue X Nr. 33.

---

**40.** *Art. 18, 19 Ziff. 4 O. R. Irrtum über den Wert der Gegenleistung; berechtigt derselbe zur Auflösung des Vertrages?*

St. hatte sich bei Auflösung der zwischen ihm und D. bestandenen Gesellschaft verpflichtet, gegen Uebernahme sämtlicher Aktiven und Passiven, dem D. die Geschäftseinlage von Fr. 10,000 zurückzuzahlen. Er stellte nun das Begehren, dass er zu dieser Rückzahlung nur insoweit verpflichtet werde, als das Gesellschaftskapital sich intakt erweise, indem er sich auf Art. 19 Ziff. 4 O. R. berief und behauptete, er sei beim Abschluss des Gesellschaftsauflösungsvertrages, insbesondere infolge unrichtiger Aufklärungen durch den Liquidator, der irrtümlichen Meinung gewesen, das Gesellschaftskapital sei noch intakt, und unter dieser Annahme habe er die Rückzahlung der Fr. 10,000 an D. versprochen. Da diese Voraussetzung irrtümlich und das Geschäft, welches er durch jenen Vertrag allein übernommen, bedeutend weniger wert gewesen sei, als er geglaubt, habe er sich eine Gegenleistung von erheblich geringerem Umfange versprechen lassen, bezw. selber eine grössere Leistung versprochen, als es sein Wille gewesen sei. Die Klage wurde abgewiesen. Gründe: Nach der von St. angerufenen Gesetzesbestimmung, Art. 19 Ziff. 4 O. R., gilt als ein wesentlicher, und darum die Verbindlichkeit der übernommenen Verpflichtung hindernder derjenige Irrtum, auf Grund dessen der eine Teil eine Leistung von erheblich grösserem Umfange versprochen hat, oder eine Gegenleistung von erheblich geringerem Umfange sich hat versprechen lassen, als es sein Wille war. Um einen solchen Irrtum handelt es sich aber im vorliegenden Falle nicht. Der vom Kläger behauptete Irrtum betrifft nicht den Umfang von Leistung und Gegenleistung, sondern lediglich den Wert derselben. Bezüglich des Umfanges der gegenseitigen Leistungen hat der Kläger nichts anderes erklärt, als was er wirklich erklären wollte; Erklärung und Vertragswille decken sich in dieser Beziehung vollständig; denn der Kläger stellt nicht in Abrede, dass sein Wille dahin gegangen sei, einerseits das Geschäft mit Aktiven und Passiven für sich allein zu erwerben, und als Entgelt hiefür dem Beklagten seine Geschäftseinlage mit Fr. 10,000 voll zurückzubezahlen. Wenn der Kläger hiebei das Verhältnis der Aktiven zu den Passiven des Geschäftes unrichtig beurteilt und ein günstigeres Resultat erwartet hat, so betrifft dieser Irrtum nicht den Umfang von Leistung und Gegenleistung, sondern den Wert derselben; es liegt lediglich ein Irrtum im Beweggrunde vor, und dieser hindert, als un-

wesentlicher, die Verbindlichkeit des Vertrages bekanntlich nicht.

Wäre übrigens die Anfechtung des Vertrages wegen wesentlichen Irrtums begründet, so müsste derselbe nicht nur in Beziehung auf die Verpflichtungen des Klägers, sondern in seinem ganzen Umfange als ungültig erklärt werden. Dahin zielt nun aber das Rechtsbegehren des Klägers nicht ab; derselbe verlangt nicht etwa, dass der ganze Auflösungsvertrag rückgängig gemacht werde, nach seiner Meinung soll es vielmehr beim Rücktritt des Beklagten sein Bewenden haben. Auch bei Annahme eines wesentlichen Irrtums seitens des Klägers könnte somit sein Klagbegehren nicht gutgeheissen werden, indem die Folge eines solchen Irrtums eine wesentlich andere wäre als diejenige, welche er daraus gezogen hat. (Entsch. v. 29. November 1895 i. S. Storz c. Denzler.)

---

41. *Art. 26, 27 u. 405 O. R. 1. Maklervertrag; wann ist der Maklerlohn verdient? 2. Verzicht auf eine Forderung infolge Bedrohung mit einer Strafklage.*

1. Es steht fest, dass F. dem B. den Auftrag, ihm für seine Liegenschaft einen Käufer zuzuführen, erteilt hat, unter Zusicherung einer bei der notarialischen Fertigung zu bezahlenden Provision von 1 % der Kaufsumme für den Fall der Zuweisung. Es ist also zwischen den Parteien ein Maklervertrag abgeschlossen worden, und es fragt sich nunmehr, ob B. den versprochenen Maklerlohn verdient habe. Nach anerkanntem Grundsatz beim Maklervertrag ist dies dann der Fall, wenn der beabsichtigte Endzweck der Maklerthätigkeit, nämlich das Zustandekommen des Kaufvertrages, durch diese Thätigkeit herbeigeführt worden ist. Für blosse Bemühungen hat der Makler aus dem Maklervertrag keinen Anspruch; seine Provisionsforderung hat zur Voraussetzung, dass der beabsichtigte Vertrag zu stande gekommen sei, und zwar durch seine Thätigkeit. Ein solcher Kausalzusammenhang ist nun im vorliegenden Falle anzunehmen. F. hat zugestanden, dass B. ihm den Käufer zugeführt habe, und dass auch der Kaufvertrag in dessen Anwesenheit abgeschlossen worden sei. Im weitern steht fest, dass der Käufer zwar vorgängige Mitteilungen durch einen M. erhalten, jedoch daraufhin mit F. nicht in Verbindung getreten ist, sondern das Kaufobjekt erst nach seiner Unterhandlung mit B. besichtigt und darauf gleich am folgenden Tage den Kauf abgeschlossen hat. Danach kann nicht bezweifelt wer-

den, dass das Zustandekommen des Kaufes auf der Thätigkeit des B. beruht, dass er den Käufer mit dem Beklagten zusammengebracht und den Abschluss des Kaufes herbeigeführt hat. Ist aber damit der Kausalzusammenhang zwischen der Thätigkeit des B. und der Erreichung des beabsichtigten Endzweckes hergestellt, so ist auch sein Provisionsanspruch begründet.

2. Nach Art. 26 O. R. ist ein Vertrag für denjenigen Teil nicht verbindlich, welcher von dem andern oder von einem Dritten zur Eingehung desselben widerrechtlich durch Erregung gegründeter Furcht bestimmt worden ist. Dieser Thatbestand trifft vorliegend zu. Allerdings genügt die blosse Thatsache, dass der Betreffende in Furcht gehandelt hat, nicht, sondern es muss diese Furcht durch Drohung, sei es von dem andern Vertragsteil, sei es von einem Dritten, erregt worden sein; eine solche Drohung hat aber im vorliegenden Fall wirklich stattgefunden; denn es steht fest, dass der Untersuchungsbeamte S. dem B. erklärt hat, er müsse dem F. die von ihm zurückgeforderten Fr. 2400 herausgeben, widrigenfalls er vor Schwurgericht oder Obergericht komme, und dass F. als Bedingung des Rückzugs seiner Strafklage wegen angeblicher Unterschlagung des Erlöses aus einem dem B. zum Verkaufe übergebenen Schuldbriefes verlangte, dass ihm nicht nur diese Summe zurückgegeben werde, sondern dass B. auch den Verzichtschein unterschreibe. Steht hienach ausser Frage, dass B. in Furcht versetzt wurde, um zum Verzichte bewogen zu werden, so ist nicht minder zweifellos, dass diese Furcht eine begründete war; denn der Kläger musste natürlich annehmen, dass es sich wirklich so verhalte, wie ihm der Untersuchungsbeamte sage. Ebenso steht nach den Akten fest, dass B. auf seine Ansprüche lediglich aus Furcht, und nicht etwa aus eigener Entschliessung und in der Ueberzeugung, dass dieselben unbegründet seien, verzichtet hat. Da ferner der Anspruch des F. auf die von ihm geltend gemachte Provision begründet war, muss der gegen ihn geübte Zwang zur Verzichtserklärung auf seine Provisionsforderung als ein widerrechtlicher bezeichnet werden. Selbst wenn Beklagter an und für sich zur Stellung einer Strafklage berechtigt gewesen wäre, hätte er die dadurch über den Kläger verhängte Zwangslage nicht dazu benützen dürfen, um von ihm den Verzicht auf dessen Forderung abzunötigen, weil er eben auf die Anerkennung des Klägers, dass dieser an ihn nichts mehr zu fordern habe, kein Recht besass. Uebrigens war die Anhebung der Straf-

klage an sich eine objektiv und subjektiv rechtswidrige Handlung. (Entsch. v. 30. Dezember 1895 i. S. Fritschi c. Blinde.)

---

42. *Art. 50 ff. O. R. Dénigrement; Schlechtmachen der gewerblichen Leistungen eines Mitbewerbers; inwiefern liegt darin ein zum Schadenersatz verpflichtender unredlicher Wettbewerb?*

Prinzipiell ist anzuerkennen, dass auch in dem Schlechtmachen der gewerblichen Leistungen eines Mitbewerbers durch einen andern eine Art widerrechtlicher illoyaler Konkurrenz liegen kann. Der ökonomische Wettbewerb darf ja rücksichtslos geübt werden; jeder Mitbewerber ist berechtigt, alle seine Kräfte anzustrengen, um sein Absatzgebiet auf Kosten der Konkurrenz zu erweitern. Allein wenn er auch dabei die Interessen der Mitbewerber keineswegs zu schonen braucht, so darf er doch nicht verletzend in deren Rechtssphäre eingreifen. Dies geschieht aber, wenn er durch unlautere, guter Verkehrssitte widerstreitende Mittel die gewerblichen Leistungen der Mitbewerber zu diskreditieren sucht, dieselben zu seinem Vorteil herabwürdigt. Dadurch wird ein Anspruch der Mitbewerber auf Anerkennung und Geltung ihrer Persönlichkeit im Verkehr, ihr Individualrecht ebensogut verletzt, wie in den Fällen, wo ein Mitbewerber den Ruf und das Ansehen, welche ein anderer sich erworben hat, durch täuschende Verwechselungen für sich auszuüben unternimmt. Dagegen geht es zu weit, wenn in Doktrin und Praxis der Satz aufgestellt worden ist, dass es beim dénigrement darauf überhaupt nicht ankomme, ob die zum Nachteil eines Konkurrenten behaupteten Thatsachen auf Wahrheit beruhen und der Tadel begründet sei oder nicht. Wenn zunächst ein Gewerbetreibender nur etwa behauptet, dass seine Produkte Eigenschaften besitzen, welche demjenigen eines Konkurrenten abgehen, oder von Mängeln frei seien, welche letztern anhaften, dass seine Preise billiger seien etc., so kann darin, selbst wenn bestimmte Konkurrenten, deren Name und Preise namhaft gemacht werden, sofern diese Behauptungen wahr sind, keine rechtswidrige Handlung erblickt werden. Denn in den Konkurrenzkampf werden hier nur die eigenen Kräfte des Betreffenden eingesetzt, und dadurch nun, dass zur Beleuchtung der eigenen Vorzüge die Leistungen eines andern zur Vergleichung herangezogen werden, wird die dem Mitbewerber gebührende Anerkennung und Geltung an und für sich noch nicht angetastet. Ebensowenig kann von einer concurrence déloyale dann gesprochen werden, wenn etwa ein Gewerbetreibender unreelles, schwin-

delhaftes Geschäftsgebahren anderer Geschäftsleute der gleichen Branche lediglich der Wahrheit gemäss aufdeckt. In einer derartigen wahrheitsgemässen Kennzeichnung von Auswüchsen des Erwerbslebens liegt, wenn sie von einem Unbeteiligten ausgeht, unter Umständen sogar eine verdienstliche Handlung. Zu einer rechtswidrigen That wird dieselbe auch dann nicht, wenn sie von einem Konkurrenten ausgeht, wiewohl auch derselbe aus seinem eigenen Geschäftsinteresse, und nicht aus Rücksichten für das Gemeinwohl, gehandelt haben mag. Dagegen kann allerdings auf der andern Seite auch nicht gesagt werden, dass der Thatbestand des dénigrement, des rechtswidrigen Schlechtmachens eines Konkurrenzgeschäftes, dann schlechterdings ausgeschlossen sei, wenn dafür wahre Thatsachen, wirkliche Mängel der Produkte oder der Geschäftspraxis des Konkurrenten, angeführt werden. Vielmehr kann auch in der Verbreitung wahrer Thatsachen zur Herabwürdigung eines Konkurrenten kraft der Art, wie dies geschieht, eine rechtswidrige Handlung liegen. So u. a. wenn längst der Vergangenheit angehörige Vorgänge immer wieder hervorgesucht, wenn einzelne thatsächlich vorgefallene Unregelmässigkeiten in gehässiger Weise verwertet werden, überhaupt stets dann, wenn an sich wahre Thatsachen in einer Art aufgestellt und verwertet werden, dass dadurch nicht nur die thatsächlich vorhandenen Mängel in ihrer wirklichen Tragweite klargestellt, sondern der Mitbewerber in seinem Range in der Geschäftswelt überhaupt ungerecht herabgewürdigt wird. In derartigen Fällen ist die Grenze erlaubter Kritik überschritten und der Mitbewerber in seinen berechtigten Ansprüchen auf Geltung und Anerkennung seiner Persönlichkeit angegriffen.

Zwar wird man nicht wegen jeder vereinzelten missliebigen Aeusserung über die Fabrikate eines Konkurrenzgeschäfts schon von concurrence déloyale sprechen können. Dagegen liegt eine solche dann zweifellos vor, wenn ein Gewerbetreibender ein Konkurrenzgeschäft und seine Ware fortgesetzt systematisch, wenn auch durch bloss mündliche Aeusserungen, heruntermacht. (Entsch. v. 13. November 1895 i. S. Furrer c. Cie Singer.)

---

43. *Art. 50 u. 55 O. R. Steht dem Vater einer volljährigen Person ein Klagerecht wegen einer gegenüber der letztern verübten widerrechtlichen Handlung zu?*

Dem Vater steht kein Klagerecht aus Art. 50 und 55 O. R. wegen des Schadens zu, der seiner volljährigen und

handlungsfähigen Tochter zugefügt worden ist. Zur Geltendmachung dieser Schadenersatzansprüche ist vielmehr einzig die Tochter berechtigt. (Entsch. v. 30. November 1895 i. S. Bricker c. Müller.)

---

*44. Art. 50 u. 55 O. R. Haft der Auskunftsbureaux für Schadenersatz aus widerrechtlichen Handlungen.*

*Die Informationsbureaux geniessen keine Sonderstellung bezüglich der Haftung für Schadenersatz aus widerrechtlichen Handlungen.* Wer geschäftsmässig Informationen erteilt, haftet in gleicher Weise wie jeder andere für den Schaden, den er dabei aus Absicht oder aus Fahrlässigkeit Dritten verursacht. Das Gesetz verlangt von ihm das gleiche Mass von Rücksicht und Aufmerksamkeit gegenüber den durch die allgemeine Rechtsordnung geschützten Interessen Dritter, wie von jedem andern. Danach kann sich aber der Beklagte von seiner Haftbarkeit für eine unrichtige, dem Betreffenden nachteilige Information dadurch nicht befreien, dass er behauptet, er habe die Information nur unter dem Siegel der Verschwiegenheit erteilt, und dabei die Verantwortlichkeit für allfällige Weiterverbreitung dem Empfänger überbunden. Denn unerlaubt ist auch eine rein vertrauliche Mitteilung, sofern sie die Ehre eines Mitmenschen verletzt. Ueberdies muss derjenige, der eine solche Information erteilt, auch wenn es unter der Anbedingung strengster Verschwiegenheit geschieht, doch die Möglichkeit einer Weiterverbreitung ins Auge fassen, und hat darum auch die Verantwortlichkeit für eine allfällige Indiskretion des Empfängers zu tragen. Diese Verantwortlichkeit kann er nicht durch Vereinbarung mit dem Empfänger von sich ablehnen und diesem zuschieben; denn er ist für seine Handlung selbst verantwortlich, ob er nun erkläre, er übernehme diese Verantwortlichkeit oder nicht. Die Frage, inwiefern der Erteiler der Information auf den die Verschwiegenheit verletzenden Empfänger Regress habe, braucht hier nicht erörtert zu werden.

Ist die Information vom Kläger selbst oder in seinem Einverständnis eingeholt worden, und hat der Zweck, weshalb sie eingeholt wurde, lediglich darin bestanden, zu erfahren, welchen Bericht jemand vom Beklagten bekomme, der eine Information über den Kläger einfordere, wurde also die Information nicht einem Dritten, der sich über den Kläger zu informieren wünschte, erteilt, sondern handelte es sich bloss darum, das Informationsbureau auf die Probe zu stellen, so kann ein Schadenersatzanspruch nicht zuerkannt werden.

Wenn Jemand über sich selbst eine Information einzieht, so ist auch dann, wenn diese Information unrichtig ist und ungünstig lautet, für die Anwendung des Art. 50 und 55 O. R. kein Raum. Von einer widerrechtlichen Schadenzufügung kann alsdann nicht gesprochen werden, ebensowenig kann derjenige, welcher die Information über sich bestellt hat, geltend machen, er habe durch das Resultat derselben eine ernstliche Verletzung in seinen persönlichen Verhältnissen erlitten. (Entsch. v. 9. Nov. 1895 i. S. Obrecht c. Gugger.)

---

45. *Art. 50 und 547 O. R. 1. Haft für Rat und Empfehlung. 2. Wichtigé Gründe zur Auflösung einer Gesellschaft.*

1. In der Erteilung einer Auskunft oder Empfehlung, sofern sie nicht in Ausübung eines hierauf gerichteten Gewerbes oder überhaupt gegen Entgelt geschieht, kann der Wille, eine vertragliche Verpflichtung zu übernehmen, nicht erblickt werden. Eine Haftung für schädigende Folgen einer Empfehlung besteht in solchem Falle nur insoweit als die Empfehlung den Thatbestand einer unerlaubten Handlung im Sinne des Art. 50 O. R. in sich enthält. Das O. R. enthält nun nicht, wie das frühere zürcherische Recht, Sonderbestimmungen über die Haftung aus Rat oder Empfehlung; die fraglichen Bestimmungen des zürcherischen Rechts sind vielmehr, wie das Bundesgericht in seiner Entscheidung i. S. Scholder c. Wolff vom 18. Juli 1885 (Amtl. Slg. Bd. 11 S. 362 Erw. 4) ausgesprochen hat, durch das O. R. aufgehoben worden, da dieses die Haftung aus unerlaubten Handlungen erschöpfend normieren will, so dass daneben für Spezialbestimmungen der kantonalen Gesetze kein Raum bleibt. Es muss sich daher grundsätzlich fragen, inwiefern, unter welchen Voraussetzungen eine unrichtige Empfehlung nach den Bestimmungen des O. R. über unerlaubte Handlungen zum Schadenersatze verpflichtet. Nach gemeinem Rechte nun, wenigstens nach der in Doktrin und Praxis vorherrschenden Meinung, wird für Empfehlungen ausserhalb eines Vertragsverhältnisses nur im Falle der Arglist, nicht auch bei blosser, wenn auch grober Fahrlässigkeit gehaftet (s. Seufferts Archiv, Bd. 46 Nr. 258). Dies kann indess für das schweiz. O. R. nicht als richtig anerkannt werden. Das O. R. hat, in Abweichung vom gemeinen und im Anschluss an das französische Recht, die Haftung für ausserkontraktliches Verschulden über das Anwendungsgebiet der actio doli und der lex Aquilia und ihre Erweiterungen hinaus ausgedehnt und den ganz allgemeinen Grundsatz auf-

gestellt, dass wer einem andern widerrechtlich Schaden zufüge, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, zum Ersatze desselben verpflichtet werde. Als widerrechtlich zugefügt erscheint nun aber eine Vermögensschädigung auch dann, wenn sie die Folge einer schuldhaften falschen Empfehlung ist. Freilich ist in diesem Falle die Schädigung erst durch einen Willensentschluss des Beschädigten, des Empfängers der Empfehlung selbst, welcher sich durch die Empfehlung zur Kreditgewährung hat bestimmen lassen, ermöglicht worden. Allein dies schliesst, sofern nun eben die Empfehlung für den Entschluss des Empfängers derselben kausal war, das Vorhandensein einer widerrechtlichen Schädigung nicht aus. Das O. R. hat bewusst die Haftung für ausserkontraktliches Verschulden, auch abgesehen von der lex Aquilia und ihren Erweiterungen über das Gebiet des Vorsatzes auf dasjenige der blossen Fahrlässigkeit ausgedehnt. Es geht in den Anforderungen, welche es rücksichtlich der Rücksichtnahme auf fremdes Recht an den Einzelnen stellt, weiter als das römische Recht. Während letzteres im Prinzip ausserhalb von Vertragsverhältnissen nur bei Sachbeschädigung eine Haft für blosse Fahrlässigkeit statuiert, anerkennt das O. R. eine solche für alle Fälle widerrechtlicher Schädigung. Das Gesetz stellt also an Jedermann die Anforderung, auch abgesehen von besonders übernommenen Vertragspflichten, das den Umständen angemessene Mass von Sorgfalt und Aufmerksamkeit aufzuwenden, damit durch sein Thun nicht nur fremde Sachen, sondern überhaupt fremdes Vermögen oder fremde Persönlichkeitsrechte nicht verletzt werden. Der Rechtsordnung handelt auch derjenige zuwider, welcher durch schuldhaft, sei es vorsätzlich, sei es fahrlässig, falsche Empfehlung jemanden bewegt, einem Kreditunwürdigen Kredit zu gewähren. Dabei ist dann allerdings folgendes zu bemerken: Von Fahrlässigkeit bei Erteilung einer Empfehlung kann nur dann gesprochen werden, wenn es sich um geschäftlich erteilte Empfehlungen handelt, bei welchen der Empfehlende sich daher der Tragweite seiner Aeusserungen bewusst sein muss, wo er wissen muss, dass seine Aeusserungen wahrscheinlicherweise für die Entschliessungen des Empfängers der Empfehlung entscheidend sind und zu dessen Schädigung führen können, nicht aber bei gelegentlichen Aeusserungen in der Konversation, auf welche überhaupt ein verständiger Mann nicht als auf verlässliche Zusicherungen abzustellen pflegt. Ferner muss auch bei zwar geschäftlich aber ausserhalb eines Vertragsverhältnisses erteilten Empfehlungen der Empfänger wissen, dass er darauf nicht rechnen kann, dass der Erteiler der

Empfehlung besondere sorgfältige Nachforschungen nach den Verhältnissen des Empfohlenen angestellt habe, dass er vielmehr nur verlangen und erwarten kann, dass die Empfehlung in guten Treuen und nicht leichtfertig erteilt werde, dass der Aussteller der Empfehlung ihm dasjenige, was er weiss, loyal, ohne Retizenz und Rückhalt, mitteile und nicht leichtfertig und ohne alle Prüfung Dinge positiv versichere, von deren Wahrheit er nicht selbst überzeugt ist oder bei auch nur einigem Nachdenken nicht überzeugt sein kann. Es muss hiebei stets auf die Lebensverhältnisse, auf die besondern Umstände des Falles und die Beziehungen der Parteien Rücksicht genommen und gefragt werden, ob danach der Empfänger der Empfehlung die ihm erteilte Auskunft als verständiger Mann als verlässlich betrachten, darauf bauen durfte und ob der Empfehlende in guten Treuen gehandelt und denjenigen Grad von Aufmerksamkeit und Sorgfalt aufgewendet habe, den man nach den Umständen von ihm, auch ohne besondere vertragliche Diligenzverpflichtung erwarten und verlangen durfte, nachdem er sich einmal zu Erteilung einer Auskunft, einer, wie er voraussehen musste, die Gestaltung der vermögensrechtlichen Entschlüsse des Adressaten kausalen Empfehlung entschlossen hatte.

2. Für die Frage, wann ein wichtiger Auflösungsgrund vorhanden sei, hat das Bundesgericht als leitendes Prinzip festgehalten, dass ein Gesellschafter zu vorzeitiger Auflösung der Gesellschaft dann berechtigt ist, wenn die wesentlichen Voraussetzungen persönlicher oder sachlicher Art, unter welchen der Gesellschaftsvertrag abgeschlossen wurde, nicht oder nicht mehr vorhanden sind, so dass die Erreichung des Gesellschaftszweckes in der beim Abschlusse des Gesellschaftsvertrages beabsichtigten Art unmöglich oder wesentlich erschwert ist (A. Slg. Bd. 16 S. 777 Erw. 3).

Das allgemeine Vorbringen, es sei bei dem nervös aufgeregten und streitsüchtigen Wesen eines Gesellschafters nicht möglich gewesen, mit demselben auszukommen, genügt nicht, um den vorzeitigen Rücktritt zu rechtfertigen. Es war Sache des Klägers, sich vor Eingehung des Gesellschaftsverhältnisses über die Charaktereigenschaften seines künftigen Associé zu orientieren und sich darüber Rechenschaft zu geben, ob er sich mit demselben werde vertragen können. Ein wichtiger Grund zum Rücktritt könnte nur dann angenommen werden, wenn diese Eigenschaften des Beklagten zu bestimmten Vorfällen geführt hätten, die dem Kläger die Fortsetzung der Gesellschaft unerträglich gemacht haben würden. Dagegen

ist mit der Vorinstanz ein wichtiger Grund zur Vertragsauflösung in der leichtfertigen Art und Weise zu erblicken, mit welcher der Beklagte den Kläger zur Erteilung eines Darlehens an J. verleitet hat. Allerdings lag in der unrichtigen Information keine Verletzung vertraglicher Pflichten gegenüber dem Kläger, allein die Erkenntnis, in welch fahrlässiger Art der Beklagte diese Information erteilte, war geeignet, das Vertrauen des Klägers in dessen Geschäftsführung und Zuverlässigkeit derart zu erschüttern, dass ihm die Erreichung des Gesellschaftszweckes als unmöglich erscheinen musste, zumal da der bisherige Gang des Geschäftes ein durchaus unbefriedigender gewesen war. (Entsch. v. 7. Dez. 1895 i. S. Laurer c. Aeppli.)

---

46. *Art. 70 O. R. Klage auf Aberkennung eines grundlosen Anspruchs.*

Der Rechtssatz, welcher bei schon vollzogener Leistung einer Nichtschuld zur Rückerstattung des ohne Grund Erlangten verpflichtet, steht auch demjenigen zur Seite, welcher mit seiner Klage die Aberkennung eines Anspruchs bezweckt, dessen Erfüllung die Rückerstattungspflicht begründet. (Entsch. v. 16. Nov. 1895 i. S. Anderhalden c. Anderhalden.)

---

47. *Art. 76 und 146 Abs. 3 O. R. Entstehung und Verjährung familienrechtlicher Ansprüche; anwendbares Recht.*

Forderungen auf Herausgabe des Frauengutes, sowie Alimentenforderungen der Ehefrau gegen ihren Ehemann beurteilen sich nicht nach dem eidg. sondern nach kant. Rechte, da es sich um ein dem Familienrecht angehöriges Rechtsverhältnis handelt. Auch über die Verjährung solcher Forderungen entscheidet nicht das eidg. sondern das kantonale Recht, da die betreffenden Bestimmungen des eidg. O. R. nur für die Verjährung der dem eidg. Rechte unterliegenden Schuldverhältnisse gelten. (Entsch. v. 15. Febr. 1896 i. S. Neuhaus c. Neuhaus.)

---

48. *Art. 178 Abs. 3 und Art. 179 O. R. Reugeld oder Konventionalstrafe?*

Eine Vertragsbestimmung folgenden Inhalts: „Sollte der eine oder andere der Unterzeichneten auf diesen Vertrag vor dessen Inkrafttreten, 1. Januar 1892, verzichten wollen, so

soll derselbe seinem Mitgesellschafter eine Entschädigung von Fr. 5000 bezahlen" enthält nicht die Vereinbarung einer Konventionalstrafe im Sinne des Art. 179 O. R., sondern eines Reugeldes im Sinne des Art. 178 Abs. 3 ibidem. (Entsch. v. 21. Dez. 1895 i. S. Schenker c. Corecco.[1])

---

**49.** *Art. 184 u. 187 O. R. 1. Bedeutung der Abtretungsurkunde. 2. Bedeutung der Anzeige an den Schuldner; ist zur Gültigkeit der Versteigerung einer Forderung die Anzeige an den Schuldner erforderlich? 3. Recht des Cessionars gegen den Schuldner der abgetretenen Forderung; Bedeutungslosigkeit des Cessionspreises.*

1. So lange die schriftliche Beurkundung der Abtretung fehlt, ist die Abtretung allerdings für den Schuldner nicht verbindlich; denn nach Art. 184 Abs. 2 O. R. bedarf es zur Wirksamkeit des Forderungsübergangs gegenüber dritten Personen, wozu im Sinne dieses Artikels auch der Schuldner gehört, einer schriftlichen Beurkundung.

2. Zur Verbindlichkeit der Cession ist eine Anzeige an den Schuldner nicht erforderlich; ebenso wenig kann die Rede davon sein, dass zur Gültigkeit der Versteigerung einer Forderung nötig sei, dass der Schuldner, auf welchen eine Forderung zur Versteigerung gelangt, dazu geladen werde; dieser hat sich vielmehr selbst zu erkundigen, wenn er beabsichtigt, an derselben teilzunehmen.

3. Das schweizerische Obligationenrecht kennt eine Vorschrift, wie sie für das gemeine Recht in der lex Anastasiana besteht, nicht, und hat daher der Schuldner den vollen Betrag zu zahlen, auch wenn der Cessionar die Forderung für einen geringeren Betrag erworben hat. (Entsch. v. 30. Dez. 1895 i. S. Spörri c. Amsler.)

---

**50.** *Art. 142 u. 231 O. R. Uebernahme einer laufenden Schuld des Verkäufers einer Liegenschaft durch den Käufer derselben; anwendbares Recht.*

H. verkaufte dem M. Bauplätze und T. erklärte sich bereit, dem M. die nötigen Mittel zum Bauen vorzustrecken. M. begann mit der Baute, ebenso leistete T. Vorschüsse. M. besass aber keine definitive Baubewilligung, und der Bau wurde später untersagt. M. trat schuldenhalber aus. Mü. erwarb dann das

[1]) Es handelte sich um einen am 3. Oktober 1891 abgeschlossenen Gesellschaftsvertrag, welcher mit dem 1. Januar 1892 in Kraft treten sollte.

Land und verpflichtete sich, die in Angriff genommenen Bauten fortzusetzen. Am gleichen Tage wurde zwischen Mü. und T. ein Anleihensvertrag abgeschlossen, ähnlich dem früher zwischen T. und M. abgeschlossenen, und mit der ausdrücklichen Bestimmung, dass die bisher von T. für Rechnung des M. geleisteten Beträge von Mü. übernommen werden.

Auf Klage des Mü. wurde der Anleihensvertrag wegen dolus des T. aufgehoben. T. erhob nun gegen Mü. Klage mit dem Rechtsbegehren, derselbe sei zu verpflichten, ihm den an M. gemachten Vorschuss zu bezahlen. Die Klage gründete sich darauf, dass der in dem Liegenschaftenkauf zwischen Mü. und M. vereinbarte Kaufpreis nur den Gegenwert gebildet habe für den Bauplatz, nicht aber auch für die angefangenen Bauten; als Kaufpreis für diese Bauten habe der Beklagte die Verpflichtung übernommen, dem T. die dem M. geleisteten Vorschüsse zurückzubezahlen.

Gegen das die Klage gutheissende kantonalgerichtliche Urteil erklärte Mü. die Berufung an das Bundesgericht. Entgegen der Bestreitung des T. erklärte das Bundesgericht das Rechtsmittel für zulässig. Gründe: Nach der vom Bundesgericht in konstanter Praxis vertretenen Auffassung, an der festzuhalten ist, gilt für Liegenschaftskäufe (abgesehen von der Frage der Handlungsfähigkeit) in allen Beziehungen das kantonale Recht (s. bg. Entsch. A. Slg. Bd. XV S. 348 Erw. 3). Allein der Anspruch, den die Kläger mit der vorliegenden Klage erheben, ist gar kein solcher aus Kauf. Die Kaufklage können sie gegenüber M. nicht anstellen, weil T., von dem sie ihre Ansprüche herleiten, nicht Verkäufer war. Die Berufung auf diesen Kaufvertrag geschieht vielmehr in dem Sinne, dass sie behaupten, es liege in demselben zugleich eine Schuldübernahme zu Gunsten T.'s, also ein Vertrag zu Gunsten Dritter. Eine derartige Vereinbarung bildet nun aber, auch wenn sie gleichzeitig und in Verbindung mit einem Liegenschaftskauf eingegangen wird, keinen unselbständigen Bestandteil desselben, sondern enthält vielmehr einen besonderen Nebenvertrag mit selbständiger rechtlicher Bedeutung und Wirkung. Danach ist für die Frage, ob hier eidgenössisches oder kantonales Recht zur Anwendung komme, die rechtliche Natur der Schuldübernahme massgebend, und bleibt dabei ohne Einfluss, dass der Kaufvertrag ein Liegenschaftskauf und deshalb dem kantonalen Recht unterstellt ist. Dieser Schuldübernahmevertrag aber gehört, da es sich dabei weder um grundversicherte Schulden noch sonst um ein vom kantonalen Recht geregeltes Schuldverhältnis handelt, dem

eidgenössischen Rechte an. Dazu kommt nun noch, dass T. mit dem Beklagten einen besonderen Darlehnsvertrag abgeschlossen hat, worin die näheren Bedingungen der Schuldübernahme festgesetzt worden sind. Hat aber der Dritte, zu dessen Gunsten ein Vertrag eingegangen worden ist, über den Inhalt desselben mit dem Versprechenden noch besonders kontrahiert, so muss er seine Rechte naturgemäss in erster Linie aus diesem besonderen Vertrag, in welchem er selbst kontrahiert hat, herleiten. (Entsch. v. 20. Dez. 1895 i. S. Tobler c. Müller.)

51. *Art. 329 u. 484 O. R. Darlehen oder Depositum?*

La seule question est celle de savoir, à quel titre la somme dont le recourant demande le remboursement a été remise par lui à la banque de M. Le recourant soutient qu'elle a été remise à titre de dépôt; la défenderesse soutient au contraire l'avoir reçue à titre de prêt. L'affirmation du recourant constituant le fondement même de sa demande, c'était à lui à en fournir la preuve. Il s'est appuyé pour cela uniquement sur le fait que dans son carnet de banque, les sommes qu'il a versées à la défenderesse sont inscrites sous le nom de dépôt. Mais le mot dépôt n'est pas toujours employé dans le commerce de banque pour désigner des objets confiés à la garde des banques, mais aussi pour désigner des choses remises en nantissement ou en prêt. Il ne suffit donc pas à lui seul pour faire admettre dans l'espèce l'existence d'un dépôt. Le demandeur aurait dû établir par d'autres circonstances de fait que les sommes en question ont été remises à la défenderesse et reçues par elle non pas pour les utiliser et en faire emploi, mais pour les garder. Il est notoire en effet que dans le contrat de dépôt, même s'il s'agit d'un dépôt d'argent dans le sens de l'art. 484 C. O., la cause première du contrat est la remise et l'acceptation de la garde d'une chose, tandis que dans le prêt la cause consiste dans l'abandon de l'usage, dans la remise d'un capital pour s'en servir, les intérêts, lorsqu'il en est stipulé, représentant la contreprestation pour l'usage de ce capital. Or, dans l'espèce, d'après les propres allégués du recourant, la banque s'est obligée à payer un intérêt de 4 %. Il est vrai que dans le dépôt irrégulier au sens de l'art. 484 C. O., la stipulation d'un intérêt n'est pas absolument exclue, mais dans la règle cet intérêt est moins élevé que dans le prêt et les banques n'en paient souvent même point du tout. Dans le cas particulier, l'intérêt convenu est du 4 %, taux élevé même pour un prêt et qui ne

s'explique que par le désir de la banque d'attirer à elle des capitaux. On ne saurait donc admettre que le recourant ait remis les sommes en question à la défenderesse dans le but principal de se décharger de leur garde et de les confier à la défenderesse qui les aurait acceptées dans ce but. Au contraire, le but principal de la remise de ces sommes était d'en céder l'usage et la jouissance à la défenderesse et de rendre ainsi ces capitaux productifs pour les deux parties, par le fait que la défenderesse devait normalement en retirer un intérêt plus élevé que celui qu'elle s'obligeait à payer au recourant. (Entsch. v. 15. Nov. 1895 i. S. Romy c. Banque pop. de Moutier.)

---

52. *Art. 392 u. 396 O. R. Mandat zum Vorschlag durchaus sicherer Geldanlage; Verlust der vom Mandatar angelegten Gelder im Konkurs des Schuldners; Haft des Mandatars wegen Nichtbeachtung der schuldigen Sorgfalt.*

Unbestrittenermassen war der Sachwalter nach dem Vertrag verpflichtet, die disponiblen Gelder nur auf ganz sichere Weise anzulegen, und nun stellt die Vorinstanz fest, dass der Vorschlag des Ankaufs von Brienz-Rothhorn-Obligationen, und der Ankauf derselben dieser Pflicht in der That nicht entsprochen habe. Dagegen verneint die Vorinstanz die Verantwortlichkeit des Sachwalters für den durch diese nicht ganz sichere und daher vertragswidrige Anlage eingetretenen Schaden, weil die Klägerin diese Anlage genehmigt und dadurch die Handlungsweise des Sachwalters gedeckt habe. Diese Bedeutung kommt jedoch der von der Klägerin erklärten Genehmigung nicht zu; durch dieselbe wurde allerdings anerkannt, dass der Kauf auf ihre Rechnung gehe, und damit die Eigenmächtigkeit des Käufers gedeckt; allein die Verantwortlichkeit des Sachwalters für die vertraglich übernommene Sorgfalt beim Abschluss desselben wurde dadurch nicht berührt. Wie bereits hervorgehoben worden ist, hatte der Sachwalter nicht bloss die von seiner Klientin gewünschten Kapitalanlagen auszuführen, sondern namentlich auch ihr hiefür geeignete Vorschläge zu machen, wobei er nur ganz sichere Anlagen vorschlagen durfte. Er hatte also der Klägerin als Sachverständiger hinsichtlich der Anlage ihrer disponiblen Gelder Rat zu erteilen, und wenn er hiebei die nach dem Vertrag ihm obliegende Sorgfalt nicht beobachtete, und eine Anlage empfahl, die nicht als ganz sicher angesehen werden konnte, wurde seine Verantwortlichkeit nicht dadurch aufgehoben, dass die Klägerin seinen Vorschlag an-

nahm. Durch die Befolgung des erteilten Rates wird der Ratgeber seiner Verantwortlichkeit für sorgfältige Erteilung desselben natürlich nicht entbunden. Der Beklagte kann sich seiner Haftbarkeit für den eingetretenen Schaden auch nicht mit der Einwendung entschlagen, die Klägerin sei auf Grund der ihr eingesandten Prospekte selbst in der Lage gewesen, sich ihr eigenes Urteil zu bilden; denn eben, weil sie sich mit ihrem eigenen Urteil nicht begnügte und die Garantie eines sachverständigen Rates haben wollte, bediente sie sich des Beistandes des Sachwalters. Anders läge die Sache natürlich, wenn der Sachwalter der Klägerin bei dem betreffenden Vorschlage mitgeteilt hätte, es handle sich nicht um eine ganz sichere Anlage, oder wenn die Klägerin darüber auch sonst im Klaren gewesen wäre; allein ersteres ist nicht behauptet, und letzteres nicht bewiesen, vielmehr muss angenommen werden, die Klägerin habe einfach auf den Rat des Beklagten abgestellt, unter der Voraussetzung, derselbe empfehle ihr die fraglichen Papiere, wie im Vertrage vorgesehen, als ganz sichere Anlage. Allerdings konnte die Verpflichtung des Sachwalters, nur ganz sichere Anlagen vorzuschlagen, nicht die Bedeutung haben, dass er seiner Klientin schlechthin gleichsam als Bürge für die unbedingte Sicherheit der vorgeschlagenen Titel zu haften hätte, sondern sie ging nur dahin, bei seinen Vorschlägen die von einem Sachverständigen zu erwartende Kenntnis und Sorgfalt aufzubieten, damit das disponible Geld nicht anders als ganz sicher angelegt werde. Kaufte er Titel, welche nicht als ganz sichere Kapitalanlage erscheinen mussten, ohne die Klägerin auf die Qualität derselben aufmerksam zu machen, so lag darin ein vertragliches Verschulden, auch wenn er die Anlage nach seiner persönlichen Auffassung nicht als riskiert mochte angesehen haben. — In dem vollen Betrage kann freilich die Schadenersatzklage nicht zugesprochen werden, da die Klägerin durch ihr eigenes Verhalten den eingetretenen Schaden zum grössern Teil selbst verschuldet hat. Aus den Akten geht hervor, dass sie später sich über diese Anlage ein selbständiges Urteil gebildet hatte, und dieselbe als eine gefährdete erkannte. Nun ging es nicht an, einerseits den Sachwalter für einen allfälligen Schaden verantwortlich zu machen, und andrerseits die Titel doch zu behalten, und deren Schicksal zu gewärtigen; vielmehr durfte die Klägerin, wenn sie den Sachwalter verantwortlich erklärte und damit die von ihr erkannte Gefahr auf diesen lenken wollte, diese nicht länger fortbestehen lassen, sondern

sie musste der Einladung des Sachwalters, die Titel zu verkaufen, Folge geben, widrigenfalls sie das Risiko einer weiteren Entwertung auf sich übernahm. Die Schadenshaftung des Beklagten ist daher nach dem Verluste zu bestimmen, den ein Verkauf der Titel zu jener Zeit, d. h. im November 1891 gebracht haben würde. (Entsch. v. 27. Sept. 1895 i. S. Reding c. Jäggi.)

53. *Art. 685 O. R. Genossenschaft. Ist die Genossenschaft selbst zur Ausschliessung eines Mitgliedes berechtigt oder kann dieselbe nur durch gerichtliches Urteil geschehen? Ist die gerichtliche Anfechtung einer solchen Ausschliessung zulässig?*

Il résulte clairement des termes de l'art 685 C. O. que les associations peuvent prévoir dans leurs statuts les causes donnant lieu à exclusion. Mais cet article ne dit pas que dans les cas prévus par les statuts le juge peut seul prononcer l'exclusion après avoir constaté l'existence de l'une des causes d'exclusion prévues. Il dit simplement que même si les statuts ne renferment aucune disposition ou renferment des dispositions contraires au sujet de l'exclusion, le juge peut toujours prononcer celle-ci pour des motifs graves (aus wichtigen Gründen). Il n'y a donc rien dans cet article d'où l'on puisse conclure que le droit de prononcer l'exclusion d'un sociétaire ne puisse pas valablement être attribué par les statuts à l'association elle-même, soit à l'assemblée générale des sociétaires. Aucune autre disposition du titre XXVII du Code des obligations ne fournit non plus un argument dans ce sens. D'ailleurs on ne voit pas de raisons d'ordre général pour considérer comme illégale et non valable une disposition statutaire attribuant le droit d'exclusion à l'assemblée générale de l'association. La loi allemande sur les associations, du 4 juillet 1868, dont les législateurs suisses se sont en partie inspirés pour la rédaction des dispositions du C. O. sur le même sujet, dit expressément à son § 38 que l'association peut exclure un sociétaire pour les causes prévues dans le contrat de société soit les statuts. En l'absence d'une disposition contraire expresse du C. O., on doit admettre qu'en Suisse ce droit peut être conféré à l'association par les statuts.

Mais on doit aussi reconnaître qu'il ne saurait être absolu et sans recours. Il n'appartient à l'association que dans les cas prévus par les statuts et à la condition que l'existence d'un tel cas soit constatée. S'il y a contestation entre le sociétaire exclu et l'association au sujet de l'interprétation

donnée par celle-ci aux statuts ou sur la réalité des faits invoqués comme motifs d'exclusion, le juge peut être appelé à prononcer. (Voir dans ce sens Entsch. des R. O. H. G. XXI, page 84 et suiv.) S'il en était autrement, l'association pourrait, par un simple vote de majorité, exclure un sociétaire et le priver impunément de ses droits à l'avoir social en déclarant l'association dissoute au bout d'une année après son exclusion, art. 687 C. O. (Entsch. v. 30. Dez. 1895 i. S. Perdrisat c. fromagerie d'Onnens.)

---

54. *1. Feststellungsklage betreffend das Gläubigerrecht an einer Forderung; Legitimation zu derselben. 2. Uebliche Zahlungsmittel im Sinne Art. 287 B.-Ges. betr. Schuldbetreibung und Konkurs. Fällt die Cession einer Forderung darunter?*

1. Zur Gutheissung der Feststellungsklage, dass eine gewisse Forderung dem Beklagten nicht zustehe, genügt der Beweis, dass die betreffende Forderung nicht in der Person des Cedenten des Beklagten zur Entstehung gelangt sei, nicht, sondern Kläger hat zu beweisen, dass die streitige Forderung ihm zustehe, indem er nur unter der Voraussetzung, dass er die Forderung für sich in Anspruch nimmt, zu einer solchen Klage legitimiert ist.

2. Bei der Tilgung einer Geldschuld durch Cession einer Forderung handelt es sich nicht um ein übliches Zahlungsmittel; als übliche Zahlungsmittel sind nämlich in dieser Gesetzesbestimmung nur diejenigen gemeint, welche im Verkehr der Barzahlung gleichgestellt werden, womit also unmittelbar die Befriedigung des Gläubigers herbeigeführt wird. Dies ist aber bei der Cession nicht der Fall; denn dadurch erhält er nicht unmittelbare Bezahlung, sondern eine andere Forderung, auf welche er zu seiner Befriedigung angewiesen wird. Hat die Cession nicht zum Zwecke der Tilgung einer bereits bestehenden Schuld des Cedenten stattgefunden, sondern zum Zwecke der Belehnung, so kann von einer Anfechtung desselben auf Grund von Art. 287 Ziffer 2 Schuld- und Konkursgesetzes nicht die Rede sein. (Entsch. v. 8. Dez. 1895 i. S. Gasapparat und Gusswerk Mainz c. Probst & Cie.)

---

55. *B.-Ges. betr. das Urheberrecht vom 23. April 1883. 1. Begriff des litterarischen Werkes; ist ein Abreisskalender mit Schweizeransichten als ein solches anzusehen? 2. Unredlicher Wettbewerb durch Nachahmung eines solchen Kalenders.*

L. in Bern, welcher bekanntlich seit 1890 jedes Jahr einen Abreisskalender mit Landschafts- und Städtebildern

aus der Schweiz, Wappen und Trachten herausgiebt, klagte gegen K. in Z., welcher ebenfalls einen Abreisskalender mit Schweizeransichten, Wappenbildern u. a. in Verkehr bringt, auf Schadenersatz und Unterlassung der weitern Herausgabe eines solchen Kalenders. Die Klage wurde abgewiesen. Der bundesgerichtlichen Begründung entheben wir Folgendes:

1. Das litterarische Urheberrecht setzt ein Geisteserzeugnis des Autors voraus, in welchem ein Gedankenausdruck in Sprachform stattfindet. Dieser Art ist aber der Kalender des Klägers nicht. Sein Zweck ist in erster Linie, einem Gebrauch des praktischen Lebens zu dienen, nämlich den jeweiligen Monatstag anzuzeigen, und dies wird auf einfache mechanische Art dadurch bewerkstelligt, dass auf einer Unterlage ein Block von leicht ablösbaren Blättchen befestigt ist, welche nach der Kalenderordnung je einen Tag bezeichnen, und wobei das jeweilige Datum durch successives Abreissen je eines Blättchens per Tag markiert wird. Es handelt sich also in der Hauptsache um ein industrielles Erzeugnis zu praktischem Gebrauch. Neben dem Datum enthalten nun allerdings die einzelnen Abreissblättchen Illustrationen mit einem Text; allein dieser Text beschränkt sich auf die Benennung des Bildes, und die Beifügung einer historischen, geographischen oder statistischen Notiz. Dass die blosse Benennung des jeweiligen Bildes für die Annahme eines litterarischen Urheberrechts nicht genügt, ist von vornherein klar; aber auch die beigefügten Notizen enthalten keinen individuellen Gedankenausdruck; es handelt sich dabei lediglich um die Mitteilung von Thatsachen in der allergewöhnlichsten Form, bei welcher Mitteilung die eigene Gestaltung des Verfassers keine Rolle spielt. Auch in der Gruppierung dieser Notizen, der passenden Verteilung derselben auf die einzelnen Tage, liegt keine besondere Gedankenverbindung, bei der die Individualität des Klägers zu Tage träte. Es werden diese Daten nicht etwa unter einem einheitlichen Gesichtspunkt geordnet, sie schliessen sich einfach den betreffenden Jahrestagen und Bildern an; es besteht also eine rein äusserliche Anordnung, wie sie übrigens auch bei andern Abreisskalendern längst bekannt ist. Wenn sodann Kläger ein litterarisches Urheberrecht an der Idee beansprucht, Schweizerbilder mit solchem Text zu verbinden und dieselben auf die einzelnen Tage im Jahr in passender Weise zu verteilen, so ist dagegen zu bemerken, dass die blosse Idee nicht Gegenstand des Urheberrechts sein kann,

sondern einzig die konkrete Gestaltung der Idee, also das Erzeugnis selbst. Damit ein litterarisches Urheberrecht in dieser Beziehung begründet werden könnte, müsste somit vorliegen, dass diese Idee durch die Sprache dargestellt worden sei; dies ist aber nicht der Fall; denn Gegenstand der sprachlichen Darstellung sind bloss die genannten Notizen und Benennungen. Ein litterarisches Urheberrecht an dem L.'schen Kalender muss somit verneint werden.

2. Kann hienach ein litterarisches Urheberrecht an dem klägerischen Kalender nicht angenommen werden, so muss sich weiter fragen, ob die Klage aus dem Gesichtspunkte der concurrence déloyale zu schützen sei. Denn wenn der Kläger auch kein Urheberrecht besitzt, so hat er doch nach bekanntem Grundsatze über concurrence déloyale Anspruch darauf, dass nicht ein Dritter, sei es aus Absicht oder Fahrlässigkeit, sein Produkt in einer Weise nachmache, dass der Schein entsteht, als sei das Produkt des Dritten identisch mit dem seinigen. Dieser Schein wurde nun aber durch die Thatsache allein noch nicht erweckt, dass die Beklagte ebenfalls einen Abreisskalender mit Schweizerbildern zum Verkauf brachte. Denn die Herstellung von Abreisskalendern mit Schweizerbildern ist jedermann gestattet, und das Erscheinen eines solchen Kalenders deutet daher an und für sich nicht darauf hin, dass es sich um ein Produkt L.'s handle, wenn auch L. diese Idee zuerst verwertet hat. Dagegen verleiht die Art der Ausführung dem klägerischen Kalender seine besondere Individualität, und durch die Nachahmung dieser Ausführung, der sinnfälligen Erscheinung desselben kann der Schein erweckt werden, dass man es mit einem Produkt des Klägers zu thun habe. Eine derartige Nachahmung hat sich jedoch die Beklagte nicht zu schulden kommen lassen. (Entsch. v. 26. Oktober 1895 i. S. Lauterburg c. Krämer.)

---

56. *Markenschutz. 1. Schutz deutscher Marken in der Schweiz. 2. Begriff der Nachahmung.*

1. Nach Art. 1 des Uebereinkommens zwischen der Schweiz und Deutschland betreffend den gegenseitigen Patent-, Muster- und Markenschutz vom 13. April 1892 geniessen die Angehörigen des deutschen Reiches in der Schweiz denselben Schutz gegen Verletzungen ihrer Markenrechte wie die Inländer, vorausgesetzt, dass sie die Förmlichkeiten erfüllt haben, an welche das Bundesgesetz betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken den Markenschutz knüpft.

Danach kann auch einer in Deutschland eingetragenen Handels- oder Fabrikmarke in der Schweiz der Markenschutz nicht aus dem Grunde versagt werden, weil die Marke den hier geltenden Vorschriften über die Zusammensetzung und äussere Gestaltung der Marken nicht entspricht (Art. 6 des citierten Uebereinkommens). Ist daher eine Etiquette in Deutschland als Warenzeichen geschützt, so muss derselben der Markenschutz auch in der Schweiz gewährt werden, ohne Rücksicht darauf, ob diese Etiquette als Ganzes nach der schweizerischen Markenschutzgesetzgebung schutzpflichtig sei oder nicht. Bei der Prüfung der Frage der täuschenden Aehnlichkeit ist darauf abzustellen, ob das Publikum, welches die betreffenden Waren durchschnittlich kauft, in der Lage sei, das neue Zeichen von dem ihm bekannten älter berechtigten auseinander zu halten, und hiebei kann es nicht darauf ankommen, dass bei einer Gegenüberstellung der beiden Zeichen die Verschiedenheiten klar hervortreten, indem eine derartige Vergleichung beim Verkauf nicht gemacht zu werden pflegt, sondern es muss sich lediglich fragen, ob das neue Zeichen gegenüber dem Bilde, welches das andere im Gedächtnis des Käufers zurücklässt, einen zur Verwechslung ähnlichen Eindruck mache. Hiebei kommt es aber vorzüglich auf das Gesamtbild an, da gewöhnlich nur dieses im Gedächtnis haften bleibt und die Details entweder gar nicht beachtet werden, oder doch der Erinnerung leicht entfallen.

2. Bei der Beurteilung der Frage, ob eine täuschende Nachahmung vorliege, ist daher entscheidend, ob das Gesamtbild auf den Käufer der betreffenden Ware den nämlichen Eindruck zu machen geeignet sei. Dies muss bejaht werden, wenn die Façade der beiden Etiquetten die gleichen Wortgruppen in gleicher Disposition und in korrespondierenden Schriftarten enthält, ebenso das in ähnlicher Weise disponierte, wenn auch inhaltlich verschiedene Wappen am gleichen Orte angebracht ist, und endlich auf den Stirnflächen der Pakete die gleichen zu Quadraten zusammengefalteten Bindestriche sich befinden, bei welchen der einzige Unterschied darin besteht, dass sie bei den Klägern gerade, beim Beklagten dagegen leicht gewellte Linien bilden. Diese Aehnlichkeiten bestimmen den Gesamteindruck derart, dass in der That eine Verwechslung des Publikums leicht möglich erscheint. (Entsch. vom 14. Dezember 1895 i. S. Kuenzer & Cie c. Baumann.)

---

57. *Markenschutz; Schutz französischer Marken in der Schweiz. 1. Begriff der Fabrik- und Handelsmarken. 2. Wortmarken, Recht auf ausschliesslichen Gebrauch derselben. 3. Beweis, dass die ausländische Marke im Heimatstaate geschützt sei. 4. Unzulässige Wortmarken und Phantasienamen. 5. Nachahmung einer Fabrikmarke, Beifügung einer Firma; Begriff der vorsätzlichen Uebertretung, dolus eventualis.*

1. Die Worte Fabrik- und Handelsmarken sind in dem Bundesgesetze vom 26. September 1890 wie in dem früheren vom Jahre 1879 in subjektiver Bedeutung gebraucht, um das Verhältnis einer Person zu bezeichnen, welche Produzent, Eigentümer oder Verkäufer der Ware ist, und nicht in objektiver Beziehung, um die Beschaffenheit der Ware zu bezeichnen, durch welche sie sich von andern Warengattungen oder anderen Arten derselben Gattung unterscheidet.

2. Hat ein Berechtigter ein Wort sowohl in Verbindung mit seiner Firma und seinem Geschäftsdomizil, als auch für sich ganz allein als Marke im Markenregister eintragen lassen,[1]) so ist er auch berechtigt, dieses Wort für sich allein als Marke zu benutzen und den gesetzlichen Schutz dafür zu beanspruchen.

3. Bis zum Beweise des Gegenteils ist anzunehmen, dass das eidgenössische Amt den Vorschriften von Art. 7 Ziff. 2 des B.-Ges. vom 26. Sept. 1890 und Art. 1 Ziff. 5 der Vollziehungsverordnung vom 7. April 1891 nachgelebt und die Eintragung von Marken ausländischer Produzenten oder Industrieller nur auf Vorlage der hiefür gesetzlich geforderten Ausweise hin vorgenommen habe.

4. Ein Wort, welches nur einen Teil einer Marke bildet, kann allerdings zu unbedeutend sein, um als wesentlicher Bestandteil einer Marke betrachtet zu werden. Ist aber ein Wort ganz allein als Marke eingetragen, so kann es niemals zu unbedeutend sein, um für sich allein als Marke zu dienen. Dagegen kann einem Wort diese Fähigkeit allerdings deswegen abgehen, weil es zu allgemein ist. Worte, die Gemeingut sind, wie „fein, gut, prima" u. s. f., kann niemand für sich allein in Anspruch nehmen, ebenso wie andere Worte, die in Beziehung zur Ware stehen, indem sie Angaben oder Andeutungen über die Art oder den Ort der Herstellung, ihre Beschaffenheit, ihre Bestimmung, Preis u. s. w. enthalten, unzulässige Wortmarken sein können. Dagegen dürfen nicht

[1]) In casu handelte es sich um die Marke „Monopole" für Champagnerwein.

bloss erfundene Namen, sondern überhaupt alle Phantasieworte, welche nicht in Beziehung zur Ware stehen, und auch sonst zur Täuschung des Publikums keine Veranlassung geben, als Fabrik- und Handelsmarken benutzt werden. Als Phantasiewort für die Bezeichnung von Champagner, welches nicht in Beziehung zur Ware steht, erscheint nun gewiss das Wort „Monopole.“ Denn der Begriff, welchen dasselbe enthält, steht in keiner Beziehung zu Art, Ort oder Zeit der Herstellung von Champagner, seiner Beschaffenheit oder Bestimmung, sondern stellt sich für die Bezeichnung von Champagner als Phantasiewort dar. Auch die Ansicht, dass dieses Wort zu falschen Vorstellungen Anlass gebe, und deshalb nicht als Marke geschützt werden dürfe, kann nicht als richtig angesehen werden. Das Wort Monopol bedeutet bekanntlich Alleinhandel; an eine Täuschung könnte man nun nur insofern denken, als die Marke Monopole den Glauben erweckte, dass die Kläger das alleinige Recht zur Fabrikation oder zum Verkauf von Champagner besitzen, oder dass es sich um ein staatliches Fabrikat handle. Allein die Verhältnisse der Champagnerfabrikation und des Champagnerhandels sind gewiss überall hinlänglich bekannt, so dass niemand zu dem Glauben veranlasst wird, es handle sich um ein Monopol im einen oder andern Sinne.

5. Dadurch, dass Beklagter dem Worte „Monopole“ die Worte „Jourdan frères Reims“ beigefügt, wird am Missbrauch der geschützten Wortmarke so wenig etwas geändert, als durch die Verschiedenheit der beidseitigen Flaschen, bezw. Flaschenhälse. Denn der Käufer, der auf die Wortmarke Monopole sieht, und möglicherweise nur diese Marke, nicht dagegen auch die Firma des Produzenten, dem sie gehört, kennt, oder letztere nicht im Gedächtnis hat, begnügt sich eben mit dem Worte „Monopole“ und hält sich an dieses Wort und nicht an die demselben beigefügte Firma. Wenn Kläger selbst das Wort Monopole nicht immer für sich allein als Marke führen, sondern auch in Verbindung mit ihrer Firma, so ist dies ebenfalls unerheblich, da sie jedenfalls berechtigt sind, sich lediglich des Wortes Monopole zu bedienen. Wie schon mehrfach vom Bundesgericht ausgesprochen worden ist, darf der Richter sich nicht auf den Standpunkt des erfahrenen Geschäftsmannes stellen, sondern auf denjenigen des durchschnittlich kaufenden Publikums. Auch liegt auf der Hand, dass der Beklagte die Etiquette mit dem Wort Monopole für seinen Schaumwein deshalb gewählt hat, weil er dieses Wort als gut accreditierte Marke für ächten Champagner kannte.

Der dolus eventualis, d. h. das Bewusstsein, dass der Gebrauch einer Etiquette möglicherweise ein widerrechtlicher sei, und der Willen, auch unter dieser Voraussetzung die mit fraglicher Etiquette versehene Ware in den Verkehr zu bringen, reicht hin, um vorsätzliche Uebertretung anzunehmen. (Entsch. vom 7. Dezember 1895 i. S. Walbaum Luling Goulden & Cie c. Hahn.)

## B. Entscheide kantonaler Gerichte.

58. *Schadenersatz wegen betrüglicher Verleitung zu einem Kommanditvertrag. Art. 50 f. O. R.*

**Graubünden.** Urteil des Kantonsgerichts vom 25. September 1895 i. S. Wittmann c. Fabriken Landquart.

Seit 1876 stand die Papierfabrik von Henggeler, Hämmerli & Cie in Landquart mit dem Geschäft Aug. Ruf in Konstanz in Geschäftsverbindung, infolge deren auf 31. Dezember 1889 das Guthaben der Landquarter Fabriken an Ruf die Summe von M. 393,216 erreichte. Dies gab der Kreditorin Veranlassung, eine direkte Vertretung ihrer Interessen in Konstanz einzuführen: Joseph Henggeler, ein Bruder des Teilhabers Henggeler in Landquart, übernahm bei Ruf die Buchführung und erhielt dessen Prokura und daneben den Charakter eines Kommanditärs, indem Landquart von seinem Guthaben 64,000 Fr. als Kapitaleinlage zu Gunsten des Jos. H. verwendete. 1887 war die Fabrik Landquart in eine Aktiengesellschaft „Fabriken Landquart“ umgewandelt worden. Schon damals wusste sie, dass die Ueberschuldung Rufs mindestens 300,000 M. betrug. Um dem Ruf'schen Geschäfte neue Mittel zuzuführen, veranlasste Ruf auf Drängen Landquarts den A. Wittmann zu einer Kommandite, indem er und Jos. H. die finanzielle Lage ihres Geschäftes als sehr günstig darstellten: Ruf, die Fabriken Landquart und Wittmann nebst einem gewissen Haisch zusammen sollten sich mit je 200,000 M. beteiligen, und zwar Wittmann und Haisch jener mit 170,000, dieser mit 30,000 M. Wittmann, ohne irgend welche Prüfung der Bücher, leistete, nachdem am 15. Dez. 1889 der Kommanditvertrag zwischen Ruf, Fabriken Landquart und Wittmann und Haisch unterzeichnet worden, bis zum 23. Januar 1890 die volle Einzahlung seines Kapitals. Die Kommanditeinlage der Fabriken

L. von 200,000 M. wurde nicht eingezahlt, sondern auf ihrem Guthaben an Ruf abgerechnet; Ruf zahlte nichts ein. Nach verschiedenen Sanierungsversuchen trat 1892 der Konkurs ein, infolge dessen Aug. Ruf wegen Betrugs, begangen an Wittmann und Haisch, zu drei Jahren Gefängnis verurteilt wurde. Wittmann erhob nun Schadenersatzklage gegen die Fabriken Landquart, die alle Verantwortlichkeit ablehnten, da sie nie mit ihm in irgend einem Verkehr gestanden seien und Ruf auf eigene Faust mit ihnen Unterhandlungen gepflogen habe.

Das Kantonsgericht verurteilte die Beklagten zu einer Entschädigung von 5000 Fr. (statt der geforderten 123,000 Fr.).

Motive: Der Anspruch des Klägers auf Schadenersatz wegen unerlaubter Handlungen seitens der Beklagten im Sinne des Art. 50 O. R. erscheint begründet. Die Beklagten haben vor und bei Abschluss des Kommanditvertrags rechtswidrig gehandelt, denn: sie kannten ganz genau die finanzielle Lage des Ruf'schen Geschäftes und wussten, dass an ein Aufkommen desselben auch durch die Zuführung der 200,000 M. nicht zu denken war. Trotzdem haben sie, wie aus der Korrespondenz ersichtlich, mit zielbewusster Tendenz Ruf aufgemuntert, Haisch und Wittmann zu finanzieller Beteiligung am Ruf'schen Geschäfte zu veranlassen. Der Beweggrund zu dieser Handlungsweise liegt klar am Tage, war doch das Landquarter Unternehmen der meist interessierte Gläubiger des Ruf'schen Geschäfts. Daraus aber erwuchs den Beklagten kein Recht, das Vorgehen Rufs gegenüber Haisch und Wittmann auch nur indirekt zu unterstützen, um dadurch leichter zu einer Abschlagszahlung zu gelangen.

Mit Bezug auf die Natur und den Umfang des Schadens ist zu bemerken, dass Beklagte auf Grund des Art. 50 O. R. allerdings pflichtig wären, sämtliche Verluste, die fraglicher Vertragsabschluss mit sich gebracht, zu ersetzen. Davon kann aber in Betracht der Umstände keine Rede sein. Bedenkt man, mit welcher Unvorsichtigkeit Wittmann den Kommanditvertrag einging, ohne jede Sicherheit für die Einlage, ohne Einsicht der Bücher und Ziehung der Bilanz, so muss man auf Seiten des Klägers eine grobe Fahrlässigkeit bei Vertragsabschluss annehmen. Es ist demnach bei dem Beschädigten ein Mitverschulden im Sinne des Art. 51, Abs. 2 O. R. anzunehmen, wonach die Ersatzpflicht des Beklagten nach richterlichem Ermessen den Umständen entsprechend bedeutend ermässigt werden muss.

(Civilurteile d. Kantonsg. Graubünden i. J. 1895 [Chur 1896] S. 75 ff.)

**59.** *Dommages-intérêts. Responsabilité du père des actes illicites d'un enfant mineur. Art. 55, 61 C. O.*

**Genève.** Jugement du Tribunal de 1re instance du 9 avril 1895 d. l. c. G. c. Guillaume.

Attendu que demoiselles Amélie et Virginie Guillaume ont dit à une ou deux personnes que sieur G. tenait des femmes légères dans son café pour attirer la clientèle;

Attendu que le demandeur n'a pas établi que ces médisances lui aient causé un dommage matériel, mais qu'elles étaient assez graves pour porter atteinte à sa situation personnelle;

Attendu que s'il est fondé à exiger une réparation de demoiselle Virginie G., majeure, et responsable de ses actes, il n'en est pas de même de la demande dirigée contre sieur G., comme civilement responsable des actes illicites de sa fille mineure Amélie;

Qu'on ne saurait rendre un père responsable des propos désobligeants tenus hors de sa présence par son enfant mineur, à moins qu'il ne soit établi que les intempérances de langage de cette enfant ne soient la conséquence de la mauvaise éducation qu'il lui a donnée, preuve qui n'est pas rapportée dans l'espèce. (La Semaine judiciaire XVIII p. 43.)

---

**60.** *Vertrag zu Gunsten Dritter. Aktivlegitimation des Dritten. Art. 128 O. R.*

**Thurgau.** Urteil des Obergerichts vom 29. Januar 1896 i. S. Evangel. Kirchgemeinde Ennetbühl c. Noppel & Cie.

Im Jahre 1886 liess die evangelische Kirchgemeinde Ennetbühl durch die Gebrüder Klauser in Ebnat eine neue Kirchenbedachung aus Falzziegeln erstellen. Die Ziegel wurden von Noppel & Cie in Emmishofen geliefert, die laut Bescheinigung vom 17. September 1886 für Frostbeständigkeit und Dauerhaftigkeit der Ziegel auf 10 Jahre Garantie leisteten. Im Jahr 1894 war das Dach derart in Verfall geraten, dass es vollständig mit neuen Ziegeln gedeckt werden musste. Gestützt auf den Garantieschein und eine unterm 11. Juni 1895 stattgefundene Expertise, verlangte die Kirchgemeinde von Noppel & Cie, dass diese unentgeltlich die Neubedachung ausführen oder die Kosten derselben vergüten. Der in diesem Sinn erhobenen Klage setzten die Beklagten unter anderm die Einrede der mangelnden Sachlegitimation entgegen, da sie nur mit Gebr. Klauser kontrahiert und also nur diesen Rede und Antwort zu stehen hätten. Hierüber äusserte sich das Obergericht folgendermassen:

Die Einrede der mangelnden Aktivlegitimation erscheint dem Obergerichte nicht als zutreffend, weil die Appellanten (Noppel & Cie) in dem Garantiescheine vom 17. September 1886 ausdrücklich zu Gunsten der Appellatin (Kirchgemeinde) für die derselben gelieferten Falzziegel Garantie leisteten, somit nach dem Wortlaute des Garantiescheines die Appellatin als die eigentliche Kontrahentin und der Dachdeckermeister Brander, der die Lieferung vermittelte, als blosser Stellvertreter der Appellatin sich qualifiziert. Infolge dessen ist auch nur die Appellatin und nicht Dachdecker Brander oder die Gebrüder Klauser, deren Namen in dem Garantiescheine gar nicht erwähnt ist, aus dem Scheine klageberechtigt. Allein selbst wenn nicht die Appellatin als Vertragspartei anzusehen wäre, so wurde die Garantie doch zu ihren Gunsten stipuliert. Diese Stipulation war aber ein Vertrag zu Gunsten eines Dritten im Sinne von Art. 128 O. R., und zwar ging die Willensmeinung der Kontrahenten offenbar dahin, dass auch der Dritte, d. h. die Appellatin, selbständig die Erfüllung fordern könne. Die Appellatin ist daher unter allen Umständen, sei es als Selbstkontrahentin, sei es auf Grund des zu ihren Gunsten stipulierten Versprechens, zur Klage auf Erfüllung der Garantieverpflichtung legitimiert.

---

**61.** *Vente. Défaut de vérification par l'acheteur. Art. 246 C. O.*

**Vaud.** Jugement du Tribunal cantonal du 28 janvier 1896 d. l. c. Wiesmann et Küng c. Cherix.

Wiesmann et Küng, négociants à Schaffhouse, ont vendu à L. Cherix, à Lausanne, 300 Kilos graine de luzerne pour 366 fr. La marchandise, expédiée de Genève par A. Baudin, entrepositaire des vendeurs, était accompagnée d'un certificat de contrôle signé par les vendeurs et portant: „La maison soussignée livre à M. Cherix les espèces de graines suivantes avec garantie de la composition indiquée et la faculté d'une analyse gratuite par la Station fédérale de contrôle des semences à Zurich: 3 balles luzerne de Provence, pureté 97 %, faculté de germination 97, garantie sans cuscute.“ L'analyse devait, à teneur du règlement de la Station, être requise dans les huit jours de la réception de la graine. — Cherix n'a pas fait analyser la graine et n'a formulé ni critique ni réserve. Deux mois après réception il a vendu à peu près la moitié de la graine à diverses personnes. L'un d'eux en a envoyé des échantillons à Zurich pour être analysés par la Station; celle-ci a constaté qu'elle était mélangée de terre

et de brisures et qu'elle contenait 30 graines de cuscute par Kilo. Au reçu de cette expertise, l'acheteur a retourné la marchandise à Cherix qui, de sa part, a sommé ses vendeurs à reprendre la marchandise et lui payer 100 fr. de dommages-intérêts. Wiesmann et Küng ont refusé de reprendre la marchandise, vu la tardiveté de la réclamation de Cherix, et intenté action en payement du prix convenu. La première instance a repoussé les conclusions des demandeurs, par les motifs que Cherix n'était point tenu de vérifier la marchandise à réception, mais seulement aussitôt qu'il le pouvait d'après la marche habituelle des affaires, ce qu'il a fait, et qu'il était à temps pour aviser les demandeurs lors de la découverte des défauts qui suffisaient à l'autoriser à refuser la graine. — Le Tribunal cantonal a réformé ce jugement et alloué aux demandeurs les fins de leur demande.

Motifs: Considérant qu'à teneur de l'art. 246 C. O. Cherix avait l'obligation de vérifier l'état de la graine.

Qu'à défaut par lui de faire cette vérification, il perdait les droits que lui conférait la garantie du vendeur.

Que de plus, cette vérification devait avoir lieu aussitôt que l'acheteur le pouvait d'après la marche habituelle des affaires.

Que l'on ne voit pas ce qui aurait pu empêcher Cherix de faire cette vérification à réception de la graine, ou très peu de temps après.

Qu'il ne s'agissait point de défauts que l'acheteur ne pouvait pas découvrir à l'aide des vérifications usuelles.

Que la circonstance que Cherix n'aurait pas possédé de machine à décuscuter est sans importance en la cause, ces engins étant d'un usage courant.

Que Cherix avait toute facilité de trouver sur place ces engins.

Que sans doute Cherix n'était point tenu de faire expertiser la graine par la Station à Zurich, mais qu'en ne procédant à aucune vérification quelconque, il a accepté purement et simplement la marchandise.

Que bien loin de dispenser Cherix de vérifier l'état de la chose reçue, l'adjonction du certificat de contrôle était de nature, en lui facilitant le plus possible une vérification faite avec toutes chances de célérité et d'exactitude, et sans frais, à lui imposer une vérification encore plus prompte, l'analyse devant être demandée à la Station dans les huit jours.

(Journal des tribunaux XLIV [1896] p. 169 ss.)

---

**62.** ***Miete. Aufhebung wegen schlechten Rufes des Miethauses. Art. 277 O. R.***

**Baselstadt.** Urteil des Appellationsgerichts vom 9. Dezember 1895 i. S. Lang c. Baumann.

F. L. hatte bei Frau B. eine Parterrewohnung mit Laden gemietet und betrieb darin ein Spezereigeschäft und eine Kostgängerei. Allmählig blieben ihm die Kostgänger aus, auch der Zuspruch im Laden reduzierte sich stark, und er erfuhr, dass das Haus in dem übeln Rufe stehe, es werde von der darin wohnenden Vermieterin gewerbsmässig Unzucht getrieben, und man scheue sich daher, in dem Hause zu verkehren. Er klagte daher auf sofortige Aufhebung der Miete, Gewährung zinsfreien Abzugs und Entschädigung von 500 Fr. Die erste Instanz hörte eine grosse Anzahl Zeugen ab; drei Kostgänger sagten aus, dass sie allerdings weggeblieben seien, weil ihre Kameraden sie wegen des Besuchs dieses Hauses geneckt hätten; ein Bericht der Polizei stellte fest, dass die Beklagte im Verdacht anstössigen Lebenswandels stehe, dass ihr aber noch nie etwas zu strafrichterlicher Verfolgung Genügendes habe nachgewiesen werden können; die Mehrzahl der Zeugen wollte nichts von unehrenhaftem Leben der Beklagten wissen, wenn auch zugegeben wurde, dass manches gemunkelt werde. Darauf wies das Civilgericht den Kläger ab, „weil die erwiesenen Thatsachen, ein in gewissem Umfange verbreitetes Gerede und Mutmassen über anstössigen Lebenswandel des Vermieters, den Mieter nicht zum Rücktritt berechtigen, wenn er nicht ihre Wahrheit darzuthun vermag, was dem Kläger misslungen ist.“ Das Appellationsgericht schloss sich dieser Ansicht nicht an, sondern erklärte den Kläger für berechtigt, den Mietvertrag sofort aufzuheben und den Mietzins des laufenden Quartals nicht zu bezahlen, sprach ihm dagegen die Entschädigung von 500 Fr. nicht zu.

Motive: Die erste Instanz nimmt an, dass der Kläger nach Art. 277 O. R. nur dann zum Rücktritt von der Miete berechtigt wäre, wenn er ein gegen die gute Sitte verstossendes Treiben der Beklagten in dem Miethause hätte nachweisen können, was ihm aber nicht gelungen sei. Diese Annahme ist indess zu streng. Als genügender Grund des Rücktritts muss schon die Thatsache gelten, dass das Haus in einem, die Mieter an ihrem Leumund oder ihrem Erwerb schädigenden schlechten Rufe steht, zumal wenn sich dieser üble Ruf nicht auf längst vergangene Thatsachen gründet, die seither durch korrektes Verhalten der Hauseigentümer

und Hausbewohner aufgewogen sind, sondern durch fortdauernde verdächtige Umstände in der Person des Hauseigentümers genährt werden. Diese Auffassung ist dadurch gerechtfertigt, dass der Vermieter den Mangel eines Hauses, der in diesem an ihm haftenden schlechten Rufe liegt, zu verantworten und den daraus resultierenden Schaden zu tragen hat. Im vorliegenden Falle ist durch die Zeugenabhörungen und die Berichte der Polizei festgestellt, dass das Haus in einem üblen Rufe steht, und dem Mieter aus diesem Grunde Kostgänger weggeblieben sind und Nachteil im Betrieb seines Ladens erwachsen ist; ebenso, dass das Verhalten der Beklagten beständig den Verdacht unzüchtigen Treibens im Hause wach erhalten und die Aufmerksamkeit der Polizei auf sich gezogen hat, wenn auch genügende Anhaltspunkte für strafrechtliche Verfolgung nicht zu erzielen waren. Diese Thatsachen sind an sich schon genügend, um den Rücktritt des Klägers von der Miete zu rechtfertigen, und das Gericht sieht daher davon ab, die weitere, ebenfalls erhebliche Behauptung, die von der ersten Instanz unermittelt geblieben ist, noch zum Beweis zu verstellen, die Behauptung nämlich, dass die Pflegetochter des Klägers sich wegen des Wohnens in diesem Hause beleidigende Anzüglichkeiten musste gefallen lassen.

Es könnte sich bloss noch fragen, ob der Kläger sich nicht einer Nachlässigkeit dadurch schuldig gemacht und sein Recht dadurch verwirkt habe, dass er den Mietvertrag abschloss, ohne sich über diese Verhältnisse zu erkundigen, oder ob er nicht den üblen Ruf des Hauses hätte kennen sollen oder gar gekannt habe. Die Beklagte hat derartige Einwendungen nicht erhoben, was sich allerdings bei dem Standpunkt, den sie eingenommen hat, von selbst erklärt, immerhin aber ist infolge davon hierüber nichts zu den Akten gebracht worden, sodass das Gericht dergleichen nicht supponieren kann. Es muss annehmen, dass Kläger diesen Nachteil des Hauses nicht gekannt hat, und auch in Rücksicht auf die gute Lage des Hauses an einer frequentierten Hauptstrasse Kleinbasels nicht veranlasst war, solchen Verdacht zu hegen und sich darüber zu erkundigen.

Demnach wird dem Kläger sein erstes Klagebegehren zugesprochen. Mit seinem zweiten auf Entschädigung ist er abzuweisen, weil solcher Schadenersatz gemäss Art. 277 Abs. 3 O. R. nur verlangt werden kann bei Verschuldung des Vermieters, eine solche aber nicht in genügendem Grade konstatiert ist, um auch diesen weitgehenden Anspruch des Klägers zu rechtfertigen.

---

**63.** *Werkvertrag. Verhältnis von Verjährungsfrist und Garantiefrist für Ansprüche aus Mängeln des Werkes. Art. 361 f. O. R.*

**Zürich.** Urteil der Appellationskammer des Obergerichts v. 23. Nov 1895 i. S. Egolf c. Holzer.

Im Sommer 1890 übergab Egolf dem Holzer die Malerarbeiten an einigen Häusern. Letzterer garantierte für gute Arbeit drei Jahre von der Vollendung an gerechnet. Im Laufe des Jahres 1891 stellte Holzer successive Rechnung für seine Arbeiten. Noch in den Jahren 1892 und 1893 forderte Egolf mehrmals Fertigstellung von Reparaturarbeiten, und stellte 1894 wiederholt ein Begehren um Expertise zum ewigen Gedächtnis, dem am 18. Mai 1894 entsprochen wurde. Am 25. Mai 1895 erhob Egolf, der durch Abschlagszahlungen die Rechnungen Holzers grossenteils bereinigt hatte, die Betreibung für den, durch die Expertise als für die Instandstellung der Reparaturen erforderlich bezeichneten Betrag, und klagte infolge Rechtsvorschlags diesen Betrag ein. Der Beklagte H. schützte die Verjährungseinrede vor, indem die dreijährige Garantiefrist mit der im Herbst 1891 erfolgten Vollendung der Arbeiten begonnen habe und unbenützt abgelaufen sei, wogegen Kläger einwendete, die Verjährungsfrist habe noch gar nicht begonnen, da eine Vollendung der Arbeiten durch H. und eine Abnahme derselben durch ihn den Kläger noch nicht erfolgt sei. — Die Klage wurde von beiden Instanzen abgewiesen, obergerichtlich mit folgenden

Motiven: Für den Beginn der Garantiefrist sowohl wie für den der Verjährungsfrist für Ansprüche aus Mängeln der gelieferten Arbeit ist der Zeitpunkt massgebend, da der Beklagte die ihm übertragenen Arbeiten als vollendet betrachtet, resp. durch Stellung der Rechnung zu erkennen gegeben hat, dass er diese Arbeiten als beendigt ansehe und Anspruch auf Bezahlung des bedungenen Lohnes erhebe. Der Art. 362 Abs. 1 O. R. setzt für die Ansprüche des Bestellers eines Werkes wegen allfälliger Mängel eine einjährige Verjährungsfrist fest Diese Frist, und nicht die in Abs. 2 für Mängel eines Bauwerks auf fünf Jahre ausgedehnte, kommt hier in Betracht, weil es sich nicht um ein Bauwerk im Sinne des Abs. 2 handelt. Nun ist die Garantiefrist durch Vertrag auf drei Jahre von der Vollendung bezw. Abnahme der Arbeit an verlängert worden, und es fragt sich, welchen Einfluss diese Erstreckung der Rügefrist auf die Verjährung ausübe. Hiebei ist klar, dass die Ausdehnung der Reklamationsfrist wegen Mängel des Werkes ohne weiteres auch

eine Erstreckung der Verjährungsfrist involviert. Es kann sich nur fragen, ob die Verjährungsfrist gleichzeitig mit der Rügefrist zu Ende gehe oder ob sie erst mit dem Ablauf der letzteren bezw. mit dem Zeitpunkt der Geltendmachung der Reklamationen zu laufen beginne, und ob in diesem letzteren Falle dem Bauherrn eine einjährige oder die gewöhnliche zehnjährige Verjährungsfrist zur Geltendmachung seiner Ansprüche aus dem Titel der mangelhaften Arbeit offen stehe. Diese letztere Frage ist indessen hier nicht weiter zu untersuchen, weil die Klage innerhalb eines Jahres seit Ablauf der vertraglich bedungenen Garantiefrist angehoben worden ist.

Die Frage, ob die Verjährungsfrist gleichzeitig mit der Rügefrist zu Ende gehe, ist an Hand des Vertrages zu beantworten. Liegt hierüber (wie in casu) keine Vereinbarung vor, so ist anzunehmen, die Willensmeinung der Kontrahenten sei dahin gegangen, dass mit dem Ablauf der bedungenen Garantiefrist ohne weiteres auch die Frist zur Geltendmachung von Ansprüchen des Klägers aus dieser Garantiepflicht des Beklagten zu Ende gehe, sofern wenigstens, was hier zutrifft, die gesetzliche Verjährungsfrist nicht länger ist als die gesetzliche oder vertraglich bedungene Garantiezeit. In diesem Falle gilt die vereinbarte Garantiefrist zugleich als Verjährungfrist.

---

Eine Minderheit des Gerichts wollte die Verjährungseinrede verwerfen. Denn: in der Festsetzung einer Garantiefrist liege nichts anders als eine Normierung der Rügefrist und nicht die vertragliche Vereinbarung einer bestimmten Verjährungsdauer. Darnach könne Beklagter bloss den Standpunkt einnehmen, dass die gesetzliche Verjährungsfrist des Art. 257 O. R. abgelaufen sei, indem das Gesetz für diejenigen Fälle, in denen die vereinbarte Garantiezeit die Dauer eines Jahres übersteige, die einjährige Verjährungsfrist bis zum Ende der Garantiefrist ausgedehnt habe. Nun bestimme aber Art. 257 nicht, dass die Verjährungsdauer in gewissen Fällen über ein Jahr hinaus erstreckt sein solle, sondern er wolle da, wo eine Garantie für mehr als ein Jahr übernommen wurde, überhaupt keine Anwendung finden. Damit sei gesagt, dass in derartigen Fällen als gesetzliche Verjährungsfrist nur die gewöhnliche, für alle Forderungen geltende (Art. 146 O. R.) in Betracht kommen kann (vergl. auch Hafner, Note 4 zu Art. 257 und Goldschmidt, Zeitschr. für Handelsrecht XV, S. 315 ff.).

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch. XIV [1895] S. 330 ff.)

---

**64.** *Genossenschaft. Fällt eine auf die gemeinsame Bewerbung und Benutzung eines Waldes gerichtete Genossenschaft mit Teilrechten Holzgenossenschaft) ausschliesslich unter das kantonale Recht oder bedarf dieselbe, um das Recht der Persönlichkeit beizubehalten, der Eintragung in das Handelsregister? Art. 678, 717 und 719 O. R.*

**Zürich.** Urteil der Appellationskammer vom 17. Dezember 1895 i. S. Schellenberg c. Hauser & Cons.

Im Jahr 1868 erwarben 10 Männer unter dem Namen „Holzkorporation Hottingen" eine ca. 55 Jucharten umfassende Waldung zu Eigentum. Nach den Korporationsstatuten ging der Zweck der aus 10 Hauptteilen bestehenden Korporation dahin, die gekaufte Waldung als Genossenschaftswaldung zu bewerben, bezw. durch einen aus der Mitte der Genossen gebildeten Vorstand bewerben zu lassen. Die einzelnen Mitglieder sollten auch nicht berechtigt sein, Teilung der Waldung zu verlangen, dieselbe sollte vielmehr fortwährend als unteilbares Ganzes benutzt werden und nur nach Zustimmung der Besitzer von 7 Anteilen verkauft oder gerodet werden dürfen.

Nachdem im Laufe der Jahre die Mehrzahl der Anteile durch Veräusserung an dritte Besitzer übergegangen war, beschloss die Versammlung der Holzgenossen im Jahr 1894 den Verkauf des Waldes an die Dolderbahn-Aktiengesellschaft, welche einen Teil desselben roden und darauf ein Restaurant nebst Stationsgebäude errichten wollte.

Gegen diesen Beschluss protestierte ein Mitglied der Genossenschaft, welches derselben von Anfang an angehört hatte. Es nahm u. a. den Standpunkt ein, dem angefochtenen Mehrheitsbeschluss könne schon deshalb keine rechtliche Wirkung zukommen, weil die Holzgenossenschaft, wenn sie überhaupt einmal das Recht der Persönlichkeit gehabt, dasselbe verloren habe, weil sie als ein Personenverband mit „wirtschaftlichen Zwecken" nach Art. 678 und 717 O. R. sich im Handelsregister hätte eintragen lassen sollen, was nicht geschehen sei.

Die Appellationskammer stellte in dem auf Aufhebung jenes Beschlusses gerichteten Prozesse fest, dass die fragliche Holzgenossenschaft nach dem zur Zeit ihrer Entstehung in Kraft gewesenen, wie auch nach dem heutigen kantonalen Rechte als eine Korporation mit juristischer Persönlichkeit zu betrachten sei; im fernern wurde erklärt, dass sie diese rechtliche Natur trotz der Nichteintragung im Handelsregister beibehalten habe.

Motive: An sich ist wohl nicht zu bestreiten, dass ein Personenverband, wie der hier in Frage stehende, zum Zweck der Nutzung und Bewerbung einer Waldung, „wirtschaftlichen" Charakter hat. Dagegen sprechen gleichwohl überwiegende Gründe dafür, dass man es nicht mit einem unter die Bestimmungen des Obligationenrechts fallenden Personenverband, sondern vielmehr mit einer gemäss Art. 719 O. R. dem kantonalen Rechte vorbehaltenen „andern juristischen Person" zu thun hat. Offenbar will das schweiz. Obligationenrecht nicht die Entstehung und die Verhältnisse aller im Verkehr als selbständige Rechtssubjekte anerkannten Personenverbände normieren, sondern es beschränkt sich seiner ganzen Aufgabe nach auf diejenigen, deren Grundlage eine wesentlich obligationenrechtliche (vertragliche) ist, wie Aktiengesellschaften, Genossenschaften, Vereine (Titel 26—28). Es nimmt daher (in Art. 719) ausdrücklich aus die Körperschaften des öffentlichen Rechts, sowie (ausser den Stiftungen) „andere juristische Personen," beispielsweise „Allmendgenossenschaften u. s. f." — Frägt man, was für andere juristische Personen hierunter zu verstehen seien, so wird man hiebei weniger auf den ursprünglich öffentlichen Charakter derselben abstellen dürfen, den doch auch die sogen. Allmendgenossenschaften bezw. Korporationen der Gerechtigkeitsbesitzer (im Sinne des § 20 priv. G.-B.) grösstenteils verloren haben (vergl. Bluntschli, Komm. zu § 20 cit.); vielmehr wird hiebei wohl das Hauptgewicht auf die wesentlich dingliche (sachenrechtliche) Grundlage zu legen sein, auf der diese Korporationen sich gebildet und entwickelt haben, und die für das Verhältnis der Korporationsmitglieder zu einander in Gestalt der Teilrechte auch fernerhin massgebend bleibt. — Von diesem Gesichtspunkte aus liegt offenbar kein innerer Grund vor, diejenigen Korporationen mit Teilrechten (Gerechtigkeiten), die sich unter der kantonalen Gesetzgebung neu gebildet haben, anders zu behandeln als die von alters her bestehenden, aus der ursprünglichen Gemeindeverbindung hervorgegangenen, d. h. jene, im Unterschied zu diesen hinsichtlich der Erfordernisse der juristischen Persönlichkeit den Vorschriften des Obligationenrechts zu unterstellen, da die rechtliche Natur beider, wie auch ihre Zweckbestimmung als sogen. Realgenossenschaften durchaus die nämliche ist.

Die hier näher begründete Auffassung, dass derartigen Korporationen auch ohne Eintragung in das Handelsregister das Recht der juristischen Persönlichkeit (und damit auch die Gerichtstandfähigkeit) zukomme, ist, wenigstens von der

zürcherischen Gerichtspraxis, bisher stets festgehalten worden, z. B. in Bezug auf die sogen. Sennten- oder Hüttengesellschaften (Verbände von Anteilberechtigten an einer Sennhütte). Sie scheint auch von den Handelsregister-Behörden geteilt zu werden, da wenigstens bisher kein Fall bekannt geworden ist, wo die Eintragung derartiger Korporationen ins Handelsregister verlangt worden wäre. (Die in Siegmund, Handb. d. schweiz. Handelsregisterführers S. 331 erwähnten, zur Eintragung verhaltenen Käserei-Genossenschaften fallen offenbar nicht unter die hier in Frage kommenden.) Vergl. ferner: den Bericht der waadtl. Komm. b. Schneider, Komm., gr. Ausg. zu § 719Z. 2.; Huber, Schweiz. Priv.-R., S. 157; Haberstich, Handbuch des Obl.-R. I, S. 92, II, S. 638.

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch. XV [1896] S. 29 ff.)

---

**65.** *Haftbarkeit des Frauenguts für Schulden des Mannes. Altes und neues Recht. Rückwirkende Kraft. Art. 328 B.-Ges. über Sch. u. K.*

**St. Gallen.** Urteil des Kantonsgerichtes vom 4. Februar 1895.

Die Bank X. ist im Jahre 1886 im Konkurse des A. mit einem Guthaben von Fr. 100,000 in Verlust gekommen und hat hiefür nach Titel IX des damaligen kantonalen Konkursgesetzes einen Glückschein erhalten. Im Jahre 1893 fiel der Ehefrau des A. beim Tode ihres Vaters ein Erbteil von Fr. 50,000 zu. Darauf hat die Bank X. gegen den Ehemann A. nach Art. 328 und 265 B.-Ges. und Art. 30 Einf.-Ges. — weil die Ehefrau nicht gesetzlich bevormundet und das ihr angefallene Erbteil auch nicht gesetzlich sichergestellt, der Ehemann A. daher „wieder zu neuem Vermögen gekommen“ sei — für die Glückscheinsforderung den Zahlungsbefehl erwirkt. Auf erhaltenen Rechtsvorschlag des A., dass dieses Erbteil seiner Ehefrau nicht als sein auch für seine alten Glückscheinsschulden betreibungsrechtlich in Betracht fallendes neues Vermögen angesehen werden könne, hat die Bank X. diese Forderung gegen den A. gerichtlich eingeklagt.

Das Kantonsgericht hat die Bank X. mit ihrer Klage abgewiesen.

In Erwägung:

1. Diese Glückscheinsforderung wird aus einem Konkurse von 1886 hergeleitet. Das damalige kantonale Konkursgesetz von 1845 hat hinsichtlich der Haftbarkeit von Frauengut für die Schulden des Ehemannes in und nach dem Konkurse desselben im Art. 94 folgende Bestimmung enthalten: „Auf das von der Ehefrau aus dem Konkurse des Mannes gerettete

oder von ihr später durch Erbschaft erworbene Vermögen darf von den Glückscheinsgläubigern in keinem Falle gegriffen werden."

Diese Nichthaftbarkeit des seit dem Konkurse des Mannes ererbten Frauengutes ist unbedingt; sie ist nicht von einer vormundschaftlichen Sicherstellung abhängig gemacht. — Unter der Herrschaft des kantonalen Konkursgesetzes, also vor dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes und des kantonalen Einführungsgesetzes (1. Januar 1892) hätte jedenfalls die Ansprache der Bank X. einzig schon nach dem citierten Art. 94 Konk.-Ges. abgewiesen werden müssen. Es kann sich also nur fragen, ob aus den am 1. Januar 1892 in Kraft getretenen neuen Gesetzesbestimmungen diese Ansprache abgeleitet werden könne. — Die Frage ist zu verneinen.

2. Das B.-Ges. Art. 328 lautet: „Ein Gläubiger, welcher vor dem 1. Januar 1892 in einem Konkurse .... zu Verlust gekommen und nach Massgabe des kantonalen Rechtes für den Verlustbetrag noch forderungsberechtigt ist, wird vom 2. Januar 1892 an dem Inhaber eines in Anwendung dieses Gesetzes ausgestellten Verlustscheines rechtlich gleichgestellt."

Nun ist die Bank X. kraft ihres Glückscheines vom 25. Januar 1886 und nach Massgabe der Art. 91—94 des kant. Konk.-Ges. hinsichtlich des von der Ehefrau aus jenem Konkurse geretteten und von dieser seither ererbten Frauengutes — sowohl gegenüber der Ehefrau des Falliten A., als auch gegenüber diesem selbst — überhaupt nicht mehr forderungsberechtigt. Die Bank X. kann daher ihre Ansprüche auf das Erbe der Ehefrau auch aus den Art. 328, 149 und 265 B.-Ges. nicht ableiten, wobei der Umstand ausser Betracht bleibt, ob dieser Erbanfall durch eine vormundschaftliche Sicherstellung vor dieser Inanspruchnahme für die alte Glückscheinsforderung geschützt worden sei oder nicht.

Es hat auch gar nicht in der Absicht des Bundesgesetzgebers, noch auch in der Aufgabe des zit. Art. 328 liegen können, den Rechtsschutz, den das kantonale Konkursgesetz dem der Ehefrau eines Falliten erst nach dessen Konkurse erbsweise anfallenden Frauengute gegenüber seinen Glückscheinsgläubigern gewährt hat, durch neues eidg. Recht wieder ausser Kraft zu setzen; das umsoweniger, als der im Art. 94 Konk.-Ges. zugesicherte Rechtsschutz auch einen Satz des kantonalen ehelichen Güterrechtes enthalten hat.

3. Das kantonale Einführungsgesetz giebt zwar

zürcherischen Gerichtspraxis, h des Ehemannes das Recht,
z. B. in Bezug auf die soge oder während der Ehe durch
(Verbände von Antei angefallene Frauengut zu greifen,
scheint auch vo lich sichergestellt ist, und es kann
da w die Konkursmasse gezogen werden, und
ie der Ehefrau das Recht, für den Wert des
in die Konkursmasse des Ehemannes einzu-
Pfändungsverfahren für den Wert desselben
Vollzuge einer Pfändung an derselben ohne voraus-
Erlassung eines Zahlungsbefehls innert 30 Tagen
nehmen.

ber bei diesen Bestimmungen hatte der Gesetzgeber
lie Absicht, den aus dem vormals kantonalen Konkurs-
ervorgegangenen Glückscheinsgläubigern auf künftig
des Frauengut solche Rechte neu einzuräumen, die
s alte Konkursgesetz ausdrücklich wegerkannt, bezw.
lten hatte, und auch nicht die Absicht, den aus dem
onkursrecht hervorgegangenen Fallitenfrauen solche
keitslasten neu zu überbinden, gegen die sie durch
Art. 94 gegenüber allen alten Glückscheinsgläubigern
lich geschützt worden sind. Auf jenen im Art. 94
es. zugesicherten Schutz haben sie vielmehr ein- für
ein gesetzlich wohlerworbenes Recht erhalten.

Das aus dem Konkurs von 1886 hervorgegangene
und Pflichtverhältnis zwischen den damaligen Glück-
läubigern einerseits und dem damaligen Falliten und
Ehefrau anderseits hinsichtlich der Nichthaftbarkeit
Ehefrau seither erbsweise angefallenen und künftig
fallenden Frauengutes ist durch den zit. Art. 94 fest
bänderlich geregelt und kann nicht der rückwirken-
ft einer seitherigen neuen Gesetzesbestimmung unter-
verden.

kantonale Konkurs-Gesetz von 1845, also auch der
desselben, ist durch den Art. 94 Ziff. 4 des Einführungs-
allerdings mit 1. Januar 1892 ausser Kraft gesetzt
aber das hat nicht rückwirkende Kraft auf die durch
94 Konk.-Ges. schon vor 1. Januar 1892 geschaffenen
und Pflichtverhältnisse zwischen den Konkursinteres-
us längst vorher erledigten Konkursen.

Entscheidungen des Kantonsgerichts v. St. Gallen 1895 S. 6 ff.)

## A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

**66.** *Art. 56 B.-Ges. betr. die Organisation der Bundesrechtspflege und Art. 250 B.-Ges. betr. Schuldbetreibung und Konkurs. 1. Bedeutung der in letzterer Gesetzesstelle zur Anfechtung des Kollokationsplanes anberaumten Frist. 2. Erfordernisse der Klageerhebung, massgebendes Recht.*

1. Art. 250 B.-Ges. betr. Schuldbetreibung und Konkurs schreibt vor, dass ein Gläubiger, welcher behauptet, dass seine Forderung zu Unrecht abgewiesen worden sei, binnen 10 Tagen von der öffentlichen Bekanntmachung der Auflegung des Kollokationsplanes an beim Konkursgericht Klage zu erheben habe. Die Folgen der Versäumung dieser Frist sind im Gesetze allerdings nicht ausdrücklich bezeichnet, indessen kann es nach dem Charakter derselben, als einer gesetzlichen Notfrist, und ihrem Zwecke nicht zweifelhaft sein, dass die Folge der Versäumung der Ausschluss der betreffenden Partei mit der vorzunehmenden Handlung, resp. die Wirkungslosigkeit der erst nach Ablauf der Frist vorgenommenen Handlung ist. Dies gilt überhaupt für alle im Bundesgesetz betr. Schuldbetreibung und Konkurs aufgestellten Fristen, soweit das Gesetz nicht ausdrücklich andere Folgen festsetzt.

2. Unter der Klage, für deren Anhebung Art. 250 cit. eine Frist bestimmt, ist selbstverständlich die Klagehandlung, d. h. diejenige Handlung, durch welche der Kläger die gerichtliche Hilfe anruft und die Rechtshängigkeit der Streitsache mit ihren prozessualischen und materiellrechtlichen Wirkungen begründet wird, verstanden. Die Erhebung der Klage ist also die Vornahme dieser Handlung, d. h. desjenigen prozessualischen Aktes, welcher jene Wirkung herbeiführt und dem Kläger den Anspruch auf gerichtliche Entscheidung erwirbt. Ueber die Form der Klageerhebung und deren notwendigen Inhalt, bei dessen Mangel jene Wirkung nicht eintritt, enthält nun, wie das Bundesgericht in seiner Entscheidung in Sachen Dürsteler contra schweiz. Volksbank (A. S. Bd. XXI, S. 283, Erw. 4) ausgesprochen hat, das Bundesgesetz keine Vorschriften, sondern überlässt deren

Aufstellung der kantonalen Gesetzgebung, und bestimmt nur, dass der Prozess im beschleunigten Verfahren durchzuführen sei. Hienach kann nicht zweifelhaft sein, dass die Frage, ob innerhalb der gesetzlichen Frist von 10 Tagen eine den gesetzlichen Vorschriften entsprechende Klageerhebung erfolgt und daher die gesetzliche Frist gewahrt worden sei, nach kantonalem Rechte zu beurteilen und daher das Rechtsmittel der Berufung gegen solche Entscheide nicht bezw. nur insofern zulässig ist, als das kantonale Gericht irrtümlicher Weise angenommen haben sollte, es komme nicht kantonales, sondern eidgenössisches Recht zur Anwendung. (Entsch. vom 14. März 1896 i. S. Feusi c. Konkursmasse Feusi.)

---

**67.** *Art. 56 B.-Ges. betr. Organisation der Bundesrechtspflege und Art 178 und 231 O. R. Unzulässigkeit der Berufung an das Bundesgericht in Streitigkeiten betr. Zahlung eines Reugeldes bei Liegenschaftskäufen.*

Das Bundesgericht ist zur Beurteilung von Streitigkeiten über die Pflicht zur Bezahlung eines Reugeldes wegen Nichterfüllung eines Liegenschaftskaufes nicht kompetent. Denn es handelt sich dabei um die Folgen der Nichterfüllung eines Liegenschaftskaufes, und diese beurteilen sich gemäss Art. 231 Abs. 1 O. R. nicht nach eidgenössischem, sondern nach kantonalem Recht. Das Bundesgericht hat denn schon mehrfach entschieden, dass gemäss dieser Gesetzesbestimmung nicht bloss für Ansprüche auf Erfüllung, sondern auch für Schadenersatzforderungen wegen Nichterfüllung von Liegenschaftskäufen ausschliesslich das kantonale Recht gilt.[1]) Das gleiche trifft aber auch zu, wo zwar nicht eine eigentliche Schadenersatzforderung in engerem Sinne geltend gemacht, sondern ein für den Fall der Nichterfüllung des Vertrages vereinbartes Reugeld gefordert wird; denn auch hier bildet das Interesse an der Erfüllung des Vertrages, also in concreto des Liegenschaftskaufes, den Gegenstand des Streites, indem das Reugeld nur die zum Voraus vereinbarte Feststellung dieses Interesses enthält. Es liegt also auch hier ein Anspruch aus dem Liegenschaftskauf im Streite, zu dessen Beurteilung das Bundesgericht als Oberinstanz in Civilsachen gemäss Art. 56 O. G. nicht kompetent ist. (Entsch. vom 21. März 1896 i. S. Böhler c. Streicher.)

---

[1]) Vgl. Hafner, Das schweiz. O. R., 2. Aufl., Art. 231 N. 1 und Art. 170 N. 7.

68. *Art. 67 B.-Ges. betr. Organisation der Bundesrechtspflege; Art. 896, 864 und 19 O. R. 1. Form und Inhalt der Berufungserklärung und der Berufungsschrift im schriftlichen Verfahren. 2. Inwieweit wird der Versicherungsvertrag vom kantonalen Rechte beherrscht? 3. Bedeutungslosigkeit der Nichteintragung einer Firma und einer Prokura für die vom Prokuristen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte. 4. Bedeutung der Person des Versicherungsnehmers bei Feuerversicherungsverträgen.*

1. Der Berufungskläger hat eine besondere Schrift seiner Berufungserklärung nicht beigelegt, dagegen in dieser selbst, wenn auch nur skizzenhaft, die Gründe, warum das Urteil angefochten werde, angegeben. Hienach darf die in Art. 67 Abs. 4 cit. geforderte Form als gewahrt gelten; denn einerseits ist es gewiss zulässig, dass die Berufungserklärung und die begründende Rechtsschrift in einer Urkunde vereinigt werden, und anderseits stellt das Gesetz hinsichtlich der Vollständigkeit dieser Rechtsschrift keine Bestimmungen auf, so dass mit den Ausführungen in der vorliegenden Berufungserklärung, welche immerhin als Begründung der Berufung gelten können, der in Frage stehenden Form noch Genüge geleistet wird. Zweifelhaft ist dagegen, ob die Berufungserklärung den in Art. 67 Abs. 2 ibid. geforderten Abänderungsantrag enthalte, indem das gestellte Rechtsbegehren lediglich auf Aufhebung des Urteils geht. Wenn der Appellant Kläger wäre, so würde dieser Antrag jedenfalls nicht genügen, da daraus nicht ersichtlich wäre, in welchem Umfang der Zuspruch der Klage verlangt werde. Vom Beklagten ausgehend kann jedoch das Begehren um Aufhebung des (die Klage gutheissenden) Urteils wohl als Antrag auf gänzliche Verwerfung der bestrittenen Klage aufgefasst werden, und erscheint daher hinreichend deutlich, um als Abänderungsantrag im Sinne der citierten Gesetzesbestimmung gelten zu können.

2. Der Versicherungsvertrag ist gemäss Art. 896 O. R. der Herrschaft des eidgenössischen Rechts nicht schlechthin, sondern nur insoweit entzogen, als das kantonale Recht darüber besondere Bestimmungen enthält; soweit diese Bestimmungen nicht reichen, greifen, wie das Bundesgericht in ständiger Praxis ausgesprochen hat, die allgemeinen Grundsätze des eidgenössischen Obligationenrechts Platz. Danach ist die Anwendbarkeit des eidgenössischen Rechts dadurch, dass das kantonale Privatrecht den Feuerversicherungsvertrag in einigen Bestimmungen regelt, nicht schlechthin, sondern nur insoweit ausgeschlossen, als diese Regelung greift, und

es sind daher diejenigen Fragen, welche durch die besondern kantonalen Bestimmungen nicht entschieden werden, nach den allgemeinen Grundsätzen des eidgenössischen Obligationenrechts zu beurteilen. Dies ist nun in casu der Fall bezüglich der Frage, ob ein gültiger Versicherungsvertrag zu Stande gekommen sei, während andrerseits allerdings das Bundesgericht an die Entscheidung der Vorinstanz darüber, ob das Pfandrecht an dem versicherten Gebäude auch die Versicherungssumme in sich begreife, gebunden ist, indem diese Frage durch eine besondere Bestimmung des kantonalen Privatrechts geregelt und von der Vorinstanz unter Anwendung derselben beurteilt worden ist. Es handelt sich also in concreto in der That um eine, wenigstens teilweise, nach eidgenössischem Rechte zu entscheidende Streitigkeit, und ist daher die Kompetenz des Bundesgerichts gemäss Art. 56 O. G. begründet.

3. Die Unterlassung der Eintragung einer Firma und einer Prokura-Erteilung hat nicht zur Folge, dass das bezeichnete Verhältnis rechtlich ungültig gewesen wäre, und es ist daher die Annahme unrichtig, dass der Firmainhaber durch die Rechtshandlungen, welche sein Prokurist im Namen der Firma abschloss, nicht berechtigt und verpflichtet werde.

4. Bei Versicherungsverträgen kann nicht gesagt werden, dass schlechthin das Versicherungsobjekt die Hauptsache, die Person des Besitzers dagegen meist ohne Bedeutung sei; vielmehr wird gerade beim Abschluss des Feuerversicherungsvertrages der Versicherer die Persönlichkeit des Besitzers wesentlich in Betracht ziehen. Dagegen kann es im einzelnen Falle unerheblich sein, ob der A. oder der B. den Versicherungsvertrag abgeschlossen haben; es kommt auf die konkreten Verhältnisse an. (Entsch. vom 21. Februar 1896 i. S. Gladbacher Feuerversicherungsgesellschaft c. Lietha & Cie.)

---

**69.** *Art. 16 O. R.; Art. 81 B.-Ges. betr. Organisation der Bundesrechtspflege. 1. Auslegung rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen, speziell von Versicherungsverträgen. 2. Begriff der Aktenwidrigkeit.*

1. Gemäss dem in Art. 16 O. R. niedergelegten Grundsatz ist es auch bei rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen Aufgabe der Auslegung, die Worte in ihrer wahren Bedeutung klar zu stellen und über die blosse Anwendung der Sprachgesetze hinaus nicht bloss Unklarheiten und Zweideutigkeiten zu heben, sondern auch, wenn nötig, dem an

sich klaren und unzweideutigen Worte gegenüber Berichtigungen eintreten zu lassen, insoweit hiefür objektiv dem klaren Zwecke des Vertrages und dem Zusammenhang einer Vertragsbestimmung mit den andern zu entnehmende Gründe vorliegen.

2. Wie das Bundesgericht in konstanter Praxis ausgesprochen hat, ist die Auslegung einer Willenserklärung Rechtsfrage nur insoweit, als die richtige Handhabung materiellrechtlicher Auslegungsregeln in Frage steht, ohne Unterschied, ob es eine stehende, regelmässig wiederkehrende Vertragsklausel oder nur eine vereinzelte Vertragsbestimmung betreffe, sofern es sich nur nicht um solche Vertragsklauseln handelt, welche eine durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht bestimmte Bedeutung haben.

3. Eine Aktenwidrigkeit ist bei Auslegung von rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen allerdings nicht nur dann anzunehmen, wenn der Richter zu seiner Auslegung unter Zugrundelegung aktenwidriger thatsächlicher Annahmen gelangt ist, sondern auch, wenn er von dem klaren Wortlaute der Willenserklärung, welche einen vernünftigen, mit dem betreffenden Rechtsgeschäft verträglichen Sinn giebt, abgewichen ist, ohne für diese Abweichung irgend welche plausiblen Gründe anzuführen, welche darthun, dass er das ganze Aktenmaterial wirklich ernstlich geprüft hat und dass es sich nicht bloss um eine Bemäntelung einer aktenwidrigen Annahme handelt. Ergiebt sich dagegen aus der Begründung des Urteils, dass der Richter zur Erforschung des rechtsgeschäftlichen Willens das gesamte Auslegungsmaterial in Betracht gezogen und ernstlicher, gewissenhafter Prüfung unterzogen hat, so enthält der daraus gezogene Schluss auch dann eine für das Bundesgericht verbindliche thatsächliche Feststellung, wenn seine Richtigkeit zweifelhaft ist und das Bundesgericht bei eigener freier Prüfung zu einem andern Schlusse gelangt wäre, sofern nur nicht materiellrechtliche Interpretationsregeln verletzt worden sind. Gemäss bekannter, allgemein üblicher Auslegungsregel schaden dunkle und zweideutige Bestimmungen eines Vertrages demjenigen, der sie redigiert hat, bei Versicherungsverträgen also dem Versicherer, sofern er die Policebestimmungen verfasst hat. Denn gerade bei Versicherungsverträgen, welche zahlreiche stehende, regelmässig wiederkehrende Bestimmungen enthalten, erfordert Treu und Glauben, dass Undeutlichkeiten und Widersprüche vermieden werden, zumal diese Bestimmungen nicht auf vorheriger mündlicher oder schriftlicher Beredung

der Parteien beruhen, sondern dem Versicherungsnehmer fertig, ohne weitere Diskussion, zur Annahme vorgelegt werden. (Entsch. vom 13. März 1896 i. S. Soleil c. Frutiger.)

---

**70.** *Art. 12, 495, 72 O. R. 1. Pfandvertrag, inwiefern unterliegt derselbe dem eidgenössischen Recht? 2. Erfordernis der Unterschrift bei Bürgschaftsverträgen. 3. Unterzeichnung eines in der Pluralform abgefassten Bürgschaftsscheines durch einen einzigen Bürgen; Wirkung.*[1])

Kläger O. B. hatte folgenden und von ihm unterzeichneten Bürgschein der Gläubigerin behändigt: „Die Endsgesetzten verpflichten sich hiemit, dem E. S.-U. für ein bei der ländlichen Spar- und Leihkasse Appenzell erhobenes Darleihen von Fr. 120,000 samt Zins und Kosten neben der hiefür versetzten Hinterlage — überdies als Bürge und Selbstzahler — zu haften, und zwar unbedingt bis zur gänzlichen Tilgung der Schuld. Gegenwärtige Bürgschaft ist solidarisch. Zugleich verpflichten sich die Unterzeichneten, das auf dem Bad G. haftende Kapital in allernächster Zeit durch Kadasterzeddel zu ersetzen.“ O. B. hat auch Gütscheine und Zeddel zur Verstärkung der Hinterlage deponiert. Nachdem der Schuldner E. S. zwei Jahre später in Konkurs geraten war und in demselben die Gläubigerin ihre Forderung mit der Bemerkung angemeldet hatte, dass sie für ihre Forderung Faustpfänder besitze und O. B. als unbedingter Bürge und Selbstzahler für dieselbe hafte, erhob letzterer gegen die Erstere Klage, worin er alle und jede Haftbarkeit oder Verpflichtung aus dem Bürgschein, wie aus der auf Grund desselben erfolgten Begebung von Gutscheinen und Zeddeln bestritt und deshalb Zurücknahme der Haftbarkeitserklärung, Vernichtung oder Zurückgabe des Bürgscheins und unbeschwerte Rückgabe der Gutscheine und Zeddel verlangte, indem er den Bürgschein nur unterzeichnet und die Hinterlage nur geleistet habe in der Annahme, dass auch Dr. S. die gleichen Verpflichtungen übernehme, was, wie er erst jetzt erfahre, nicht geschehen sei. Da nun der Bürgschein die Verpflichtung des Klägers enthalte, gemeinsam mit einem anderen solidarisch für E. S. zu haften, so sei dieselbe gemäss Art. 12 O. R. erst mit der Unterzeichnung des Bürgscheins durch Dr. S. perfekt geworden; denn eine Solidarverpflichtung zweier Bürgen sei an die selbstverständliche

[1]) Vgl. Revue XIII, Nr. 107.

und stillschweigende Bedingung geknüpft, dass neben dem einen auch der andere als Bürge unterzeichne. B. habe somit auch nicht gezwungen werden können, die im Bürgschein versprochene Verstärkung zu leisten. Da er aber thatsächlich solche Titel begeben habe, sei er gemäss Art. 70 und 71 O. R. zu deren Rückforderung berechtigt; denn die rechtsgültige Begebung dieser Titel sei an die Gültigkeit der Bürgschaft geknüpft gewesen. Die Klage wurde abgewiesen; vom Bundesgericht aus folgenden Gründen:

1. Soweit es sich um die Gültigkeit und eventuell den Umfang der Bürgschaftsverpflichtung des B. handelt, steht die Anwendbarkeit des eidgenössischen Rechtes ausser Frage. Dasselbe kommt aber auch bezüglich des Begehrens auf Rückgabe der Pfänder zur Anwendung. Dieses Begehren stützt sich nicht darauf, dass der Verpfändungsakt ungültig sei, und es kommt daher hier nicht in Frage, ob etwa die Bestellung des Pfandrechtes mit Rücksicht auf die rechtliche Natur der zu Pfand gegebenen Titel nach eidgenössischem oder aber nach kantonalem Rechte zu beurteilen sei. Streitig unter den Parteien ist vielmehr die Gültigkeit des Pfandtitels, des Verpfändungsvertrages, d. h. des Vertrages, durch welchen die Verpflichtung des Klägers zur Pfandbestellung gegenüber der Beklagten begründet worden sein soll. B. bestreitet, dass eine gültige Verpflichtung auf seiner Seite zur Pfandbestellung gegenüber der Beklagten bestanden habe, und fordert daher die Pfänder, gestützt auf Art. 70 und ff. O. R., zurück. Die Klage stellt sich demnach als eine Bereicherungsklage, und zwar eine condictio indebiti gemäss Art. 72 O. R. dar. Nun werden aber nicht nur die Bereicherungsklagen, speziell auch die condictio indebiti, vom eidgenössischen O. R. beherrscht, sondern das gleiche gilt auch für den obligatorischen Pfandvertrag, soweit dadurch die Verpfändung von beweglichen Sachen oder Forderungen begründet werden soll, ohne Unterschied, ob es sich um grundversicherte oder nicht grundversicherte Forderungen handelt. Nur die Bestellung des Pfandrechts an grundversicherten Forderungen unterliegt dem kantonalen Recht; der obligatorische Pfandvertrag dagegen, obwohl er im eidgenössischen O. R. nicht besonders erwähnt wird, ist in Art. 10 O. R. der kantonalen Gesetzgebung nur insoweit überlassen worden, als es sich um Verpfändung unbeweglicher Sachen handelt; im übrigen finden daher die allgemeinen Bestimmungen des O. R. auf denselben Anwendung.[1])

[1]) Vgl. Hafner, Schweiz. O. R. (2. Aufl.), Art. 210 Note 1.

2. Aus der Vorschrift des Art. 12 O. R. folgt namentlich, dass bei zweiseitigen Obligationen, welche auf Leistung und Gegenleistung gehen, die Unterschrift bloss der einen Vertragspartei zur Perfektion des Vertrages nicht genügt, sondern die Unterschriften beider Parteien nötig sind. Eine solche Obligation liegt nun hier nicht vor. Die Bürgschaft ist eine einseitige Obligation, indem durch dieselbe nur die Verpflichtung zu einer Leistung des Bürgen und nicht auch eine Verpflichtung zu einer diese Leistung vergeltenden Gegenleistung des Gläubigers begründet wird. Es ist also nicht etwa die Unterschrift des Gläubigers zur Perfektion des Bürgschaftsvertrages erforderlich. Will aber derjenige, welcher die Urkunde allein unterschrieben hat, die Verbindlichkeit der Unterschrift für seine Person aus dem Grunde ablehnen, weil nicht alle Personen, welche durch den Vertrag neben ihm haben verpflichtet werden sollen, ihre Unterschrift beigesetzt haben, so hat er, sofern die Richtigkeit seiner Behauptung nicht schon aus der Urkunde selbst oder etwa aus der Natur des konkreten Rechtsgeschäftes sich ergiebt, darzuthun, dass er sich nur gemeinsam mit einer oder mehreren anderen Personen habe verpflichten wollen und die Verbindlichkeit seiner Unterschrift von der Unterzeichnung anderer Personen abhängig sei. In casu ergiebt sich nun aus dem Bürgschein keineswegs, dass Kläger die Verbindlichkeit seiner Unterschrift von der Mitunterzeichnung des Bürgscheins durch Dr. S. abhängig gemacht habe. In dem Bürgschein sind die Namen der Bürgen gar nicht genannt, sondern dieselben sollten sich erst aus den Unterschriften ergeben. Die einzige Thatsache, dass der Bürgschein durch seine pluralische Fassung die Unterzeichnung durch mehrere Personen vorsieht, genügt für sich allein nicht zu der Annahme, dass die Bürgschaftsverpflichtung durch die Mitunterzeichnung einer anderen Person als Bürgen bedingt sei, sondern es könnte dieselbe unter Umständen höchstens zu einer Reduktion der Verpflichtung des Klägers führen. Auch aus der Natur des vorliegenden Rechtsgeschäftes kann die Unverbindlichkeit der klägerischen Unterschrift offenbar nicht gefolgert werden. Dass aber B. den mit seiner Unterschrift versehenen Bürgschein nur mit dem ausdrücklichen Vorbehalt der Beklagten übergeben habe, dass derselbe nur für den Fall der Mitunterzeichnung durch Dr. S. Gültigkeit haben solle, ist nicht erwiesen.

3. Gestützt auf die thatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz, muss auch das eventuelle Begehren des B., dass

er aus seiner Bürgschaft nur zur Hälfte an dem Verluste haftbar erklärt werde, den die Beklagte an E. S. erleide, abgewiesen werden. Dieses eventuelle Begehren könnte nur dann als begründet erachtet werden, wenn dem Kläger vor oder bei Unterzeichnung des Bürgscheins ausdrücklich oder stillschweigend die Zusicherung gegeben worden wäre, dass auch Dr. S. mitunterzeichnen werde, und daher B. bei Uebergabe des Bürgscheins an die Beklagte sich in gutem Glauben befunden hätte, dass dies geschehen werde, und die Beklagte hievon Kenntnis gehabt hätte. Hievon ist aber nach den thatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz keine Rede. Denn danach hat B. bei der Uebergabe des Bürgscheins an die Beklagte eben gewusst und selbst erklärt, dass Dr. S. die Mitunterzeichnung verweigere. Hat er nun trotzdem diesen Schein ohne irgend welchen Vorbehalt der Beklagten behändigt, so liegt darin die deutliche Erklärung, dass er die Bürgschaft auch allein übernehme, und kann er sich daher nicht darauf berufen, dass er geglaubt habe, nur als Mitbürge neben Dr. S. zu haften und eventuell jedenfalls nur die Hälfte der verbürgten Schuld bezahlen zu müssen, bezw. für die andere Hälfte den Rückgriff auf diesen nehmen zu können. (Entsch. vom 1. Februar 1896 i. S. Bischofberger c. Spar- und Leihkasse Appenzell.)

---

71. *Art. 50 und 51 O. R. Unlauterer Wettbewerb durch unwahre Kundgebungen; Publikation des verurteilenden Erkenntnisses als Schadenersatz.*

Der Thatbestand der concurrence déloyale ist gegeben, wenn ein Geschäftsmann (in casu ein Geschäfts- oder Rechtsagent) über einen Andern Kundgebungen erlässt (wie, die Firma sei aufgelöst, während das Geschäft von dem überlebenden Gesellschafter fortgesetzt wird, — ferner die Firma sei infolge Ablebens des Th. und Schuldenrufs aufgelöst, während der Schuldenruf nur über den verstorbenen Th. erging, u. s. w.), welche sich als Entstellungen der Thatsachen darstellen, vorgebracht und geeignet, die Persönlichkeit des Andern im Mitbewerbe zu unterdrücken.

Nach Art. 51 O. R. wird nicht bloss die Grösse, sondern auch die Art des Schadenersatzes durch das richterliche Ermessen, in Würdigung der Umstände festgestellt. Der Gesetzgeber sieht somit die Möglichkeit verschiedener Arten des Schadenersatzes vor und braucht derselbe daher nicht bloss in einer Geldentschädigung zu bestehen. Vielmehr können

auch andere, zu Ausgleichung des erlittenen Unrechts geeignete Mittel zugelassen werden, wozu zweifellos auch die Publikation des die Rechtswidrigkeit des geschehenen Angriffs konstatierenden Urteils zu zählen ist. Insbesondere in Fällen, wo das Ansehen und die geschäftliche Stellung des Klägers in weitem Umfang erschüttert worden ist, erscheint die Veröffentlichung des seine Rechte schützenden Urteils als ein angemessenes Mittel, den frühern Zustand für die Zukunft wieder herzustellen und die nachteiligen Folgen der erlittenen Rechtsverletzung möglichst aufzuheben. (Entsch. v. 27. März 1896 i. S. Forster c. Haertsch.)

---

72. *Art. 50 und 51 O. R. Unlauterer Wettbewerb durch Bezeichnung einer Ware mit dem Namen eines Andern; Schadensfaktoren.*

S. hat weder auf seiner Ware noch deren Verpackung die klägerische Marke verwendet; festgestellt ist nur, dass er in seinen Preislisten M.'schen Thran ausgeboten und in Fakturen Ware anderer Provenienz als solchen bezeichnet hat. Wie nun das Bundesgericht schon wiederholt ausgesprochen hat, gewährt das Markenschutzgesetz seinen Schutz nur gegen rechtswidrige Anfertigung und Benutzung solcher Warenzeichen, die zum Anbringen auf der Ware selbst oder ihrer Verpackung bestimmt sind oder verwendet werden, während Manipulationen anderer Art, welche zur Täuschung über den Ursprung der feilgebotenen Ware führen können, wie Aeusserungen in Prospekten und Reklamen, Fakturen u. s. w., auch wenn sie rechtswidrig sind, keine Verletzung des Rechts des Markeninhabers auf den ausschliesslichen Gebrauch seiner Marke als solcher enthalten (s. A. Sammlg. Bd. 19 S. 232 Erw. 2). Die Vorinstanz ist daher mit Recht davon ausgegangen, dass für die Beurteilung der vorliegenden Klage nicht die Spezialgesetzgebung, sondern die allgemeinen, im eidgenöss. O. R. niedergelegten Grundsätze über die Verantwortlichkeit aus unerlaubten Handlungen Anwendung finden.

Ein Schaden kann dem M. durch das bezeichnete Verfahren des S. in doppelter Richtung entstanden sein. Einmal dadurch, dass diejenigen Konsumenten, welche ächten M.'schen Thran kaufen wollten, durch den S. getäuscht wurden, indem sie anderes Fabrikat erhielten, und M. dadurch weniger von seiner Ware absetzen konnte, und sodann durch Herabsetzung der Reputation des M.'schen Fabrikats infolge von Unter-

schiebung minderwertiger Ware als M.-Thran. Nun kann aber M. den ihm durch S. gestifteten Schaden nicht einfach so berechnen, dass er den Absatz der Jahre 1888 und 1889 demjenigen der folgenden Jahre gegenüberstellt und den S. schlechthin dafür verantwortlich macht, was er in diesen letztern verhältnissmässig weniger verdient hat. Denn der Grund des Rückganges braucht nicht notwendig in dem Umstand zu liegen, dass S. während dieser Zeit sogenannten unächten M.-thran als ächten verkauft hat, indem sehr wohl auch andere Ursachen, wie vermehrte Konkurrenz, Preissteigerung u. s. w. mitgewirkt haben können. Massgebend für die Berechnung des Schadenersatzes ist vielmehr einzig, wie viel Thran S. in der angegebenen Zeit als ächten M.-thran verkauft habe. (Entsch. v. 6. März 1896 i. S. Meyer c. Siegfried.)

---

73. *Art. 50 O. R. 1. Unlauterer Wettbewerb durch Bezeichnung einer Ware mit dem von einem Konkurrenten gewählten Namen; Verhältnis zum Markenschutz. 2. Unter welchen Voraussetzungen wird eine solche Benennung Gemeingut?*

1. Die Klage verlangt Unterlassung des Gebrauchs des Namens Photophore für die Wasserstandsgläser der Beklagten. Es ist daher zu prüfen ob die Beklagte durch den Gebrauch dieses Namens ein Recht des Klägers verletze. Kläger stützt sich für die Bejahung dieser Frage, und zwar ausschliesslich auf die allgemeinen Bestimmungen des eidg. Obligationenrechts über unerlaubte Handlungen, indem er behauptet, er besitze ein Individualrecht auf den ausschliesslichen Gebrauch der Bezeichnung Photophore für Wasserstandsgläser, in der Anwendung dieser Bezeichnung für Fabrikate gleicher Art, die nicht vom Kläger herrühren, liege ein Eingriff in dieses Individualrecht des Klägers, ein illoyaler Wettbewerb, gegen den er auf Grund des Art. 50 u. ff. O. R. zu schützen sei. Gegen diese Begründung der Klage wird von der Beklagten zunächst der Einwand erhoben, es sei überall da, wo das Gesetz einen speziellen Rechtsschutz, wie z. B. den Markenschutz, zulasse, ein weiterer gemäss den allgemeinen Bestimmungen der Art. 50 ff. O. R. ausgeschlossen; da Kläger die Bezeichnung Photophore in der Schweiz nicht als Marke habe schützen lassen, habe er somit nicht nur auf den Schutz der Spezialgesetzgebung, sondern überhaupt auf alle Sonderansprüche auf jene Bezeichnung verzichtet. Hierüber ist zu bemerken: Das Recht auf Schutz der Fabrik-

und Handelsmarken ist in der Schweiz durch Spezialgesetzgebung geregelt, und diese Spezialgesetzgebung macht den Anspruch auf rechtlichen Schutz gegen Eingriffe in das Markenrecht von besondern Voraussetzungen abhängig, welche für die Klagen aus concurrence déloyale, die sich lediglich auf die allgemeinen Grundsätze der Art. 50 ff. O. R. stützen, nicht bestehen. Nach Art. 4 des Bundesgesetzes betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken hat eine Marke nur dann Anspruch auf gerichtlichen Schutz, wenn die in diesem Gesetz vorgeschriebenen Förmlichkeiten der Hinterlegung und Eintragung erfüllt worden sind. Besteht nun die illoyale Konkurrenz in der Verletzung eines Rechtes, dessen Schutz durch die Spezialgesetzgebung normiert ist, so kann diese illoyale Handlung auch nur nach Massgabe dieses Spezialgesetzes verfolgt werden, und es kann daher gegenüber der missbräuchlichen Verwendung einer Bezeichnung, die als Markenrechtsverletzung im Sinne des Spezialgesetzes verfolgbar ist, nur die Markenschutzklage angestellt werden, so dass in diesem Falle die Berufung auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze über concurrence déloyale ausgeschlossen bleibt. Nun bezieht sich aber der Streit nicht auf eine Handlung der Beklagten, gegen die der Kläger auf Grund des Markenschutzgesetzes Einsprache erheben könnte. Bekanntlich gewährt das Markenschutzgesetz seinen Schutz nur gegen rechtswidrige Anfertigung oder Benutzung solcher Zeichen, welche zum Anbringen auf der Ware selbst oder deren Verpackung bestimmt und verwendet werden, während Manipulationen anderer Art, welche zur Täuschung über den Ursprung der Ware führen können, wie Aeusserungen in Prospekten und Reklamen u. s. w., keine Markenrechtsverletzung enthalten, sondern nach den allgemeinen Grundsätzen über concurrence déloyale zu beurteilen sind (Amtl. Slg. der Bundesger. Entsch. XIX, S. 232, Erw. 2). Hier ist nun nicht behauptet worden, dass die Beklagte die Bezeichnung Photophore auf ihrer Ware oder deren Verpackung verwende, sondern bloss, dass dies auf Cirkularen geschehe. Der der Klage zu Grunde liegende Thatbestand fällt somit nicht unter den Bereich des Markenschutzgesetzes, und es finden daher in der That die allgemeinen Grundsätze über unerlaubte Handlungen Anwendung.

Hiebei ist die Vorinstanz in richtiger Weise davon ausgegangen, dass der Gebrauch einer Warenbezeichnung dann als Akt der illoyalen Konkurrenz erklärt werden müsse, wenn diese Bezeichnung bereits von einem andern Konkurrenten

in statthafter Weise für sein Fabrikat in Anspruch genommen und dadurch zum Individualnamen für dasselbe geworden ist. Um als Individualname in Anspruch genommen zu werden, darf aber die Benennung nicht eine generische oder deskriptive Bezeichnung der Ware enthalten, sie darf nicht lediglich die Sache selbst oder ihre Eigenschaften in ihrer üblichen Benennung bezeichnen; denn niemand hat das Recht, die sprachliche Bezeichnung einer Sache oder ihrer Eigenschaften sich allein anzueignen (s. Kohler, Markenrecht, S. 177). Will der Fabrikant die Herkunft seines Fabrikates charakterisieren, so muss er daher hiezu einen Namen wählen, der sich von der üblichen Benennung der Ware und ihrer Eigenschaften unterscheidet, und mit Bezug auf diese als Phantasienamen erscheint. Nun steht allerdings das aus dem Griechischen entnommene Wort Photophore (Lichtträger) in einem gewissen Zusammenhang mit der Eigenschaft der fraglichen Wasserstandsgläser, den Niveaustand ins Licht zu setzen, sodass es nahe läge, dasselbe als deskriptive Benennung dieser Fabrikate anzusehen, insbesondere in Anbetracht, dass dasselbe auch adjektivisch (tubes photophores) gebraucht wird; indessen erscheint diese Bezeichnung doch als eine ziemlich entfernte und sie darf namentlich mit Rücksicht darauf als nicht ausschlaggebend betrachtet werden, als die Benennung aus einer toten Sprache abgeleitet ist und ihre Bedeutung dem Publikum überhaupt nicht verständlich sein wird. Die Bezeichnung Photophore kann daher in der That mit Beziehung auf die in Frage stehenden Fabrikate als Phantasiebezeichnung gelten. Im weitern ist zur Begründung eines Vorrechts des Klägers auf diesen Namen erforderlich, dass Kläger denselben zuerst für sein Fabrikat verwendet und dass dieses unter dem Namen im Verkehr bekannt geworden sei. Diese Voraussetzungen müssen in casu als erfüllt betrachtet werden.

2. Nun hat aber die Vorinstanz die Klage aus dem Grunde abgewiesen, weil diese ursprünglich neue und originelle Bezeichnung gegenwärtig überhaupt allgemein für Wasserstandsgläser mit farbigen Streifen auf weissem Grunde, gleichviel welcher Fabrikation, diene. Allein der Annahme der Vorinstanz, dass die Bezeichnung Photophore auf Grundlage der vorliegenden Akten als zum Gemeingut geworden zu betrachten sei, kann nicht beigetreten werden. Diese Annahme beruht auf einer rechtsirrtümlichen Auffassung darüber, unter welchen Voraussetzungen eine ursprüngliche Individualbezeichnung diesen Charakter verliert und als Gemeingut be-

trachtet werden muss. Eine derartige Umwandlung tritt nämlich nicht etwa schon dadurch ein, dass ausser dem ursprünglich allein Berechtigten eine Anzahl anderer Gewerbetreibender die Bezeichnung ebenfalls anwendet, wie denn auch der Umstand, dass mehrere die Marke eines andern ungestraft führen, noch nicht genügend ist, die Marke zur Qualitäts- oder Freimarke zu machen (Kohler, Markenrecht, S. 187); massgebend für die Frage, ob eine ursprüngliche Individualbezeichnung dem freien Gebrauch anheimgefallen sei, muss vielmehr sein, ob unter der betreffenden Klasse von Gewerbetreibenden das Bewusstsein, dass es sich um eine Individualbezeichnung handle, überhaupt noch vorhanden, oder ob dasselbe erloschen sei, sodass die Bezeichnung ihren Unterscheidungszweck nicht mehr erfüllt (s. auch Seligsohn, Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen vom 12. Mai 1894 S. 51). Ist ein derartiger allgemeiner Gebrauch nicht eingetreten, und steht dem ursprünglich Berechtigten noch die Möglichkeit offen, das Bewusstsein, dass es sich um eine Individualbezeichnung handle, wachzuhalten, so kann nicht gesagt werden, dass dieselbe zum Gemeingut geworden sei. (Entsch. v. 31. Januar 1896 i. S. Guilbert-Martin c. Ulmann & Cie.)

---

74. *Art. 50 und 55 O. R. Inwiefern ist der Boykott eine widerrechtliche Handlung?*

Die Statuten der „interkantonalen Genossenschaft der Müller und Bäckermeister“ verpflichten einerseits jeden zur Genossenschaft gehörenden Bäckermeister, seine Brotstoffe und Handelsmehle bei denjenigen Müllern und Mehlhändlern zu beziehen, welche ebenfalls Genossenschafter sind, und andrerseits die der Genossenschaft angehörenden Müller, Mühlenvertreter und Mehlhändler, weder direkt, noch indirekt durch Vermittlung von Drittpersonen, einem von der Genossenschaft ausgestossenen oder als deren Gegner bekannten Bäcker Brotstoffe und Handelsmehle zu liefern. Im fernern ist bestimmt, dass Vergehen gegen die Vorschriften derselben die Bestrafung des fehlbaren Müllers resp. Mehlhändlers, sowie des betreffenden Vertreters nach sich ziehen könne, und die endgiltige Entscheidung über alle Verstösse gegen die Statuten und über die bei deren Handhabung entstehenden Zwistigkeiten einer aus 6 Mitgliedern bestehenden Rekurskommission zustehe. Dieser Rekurskommission sind folgende Kompetenzen eingeräumt: Die Ausschliessung von Genossenschaftern, deren Veröffentlichung im offiziellen Organ der

Genossenschaft, sowie die Verfällung „in eine Busse von mindestens 500 Fr.“ und in die Kosten. Als offizielles Organ der Genossenschaft wurde die Schweizerische Bäcker- und Konditorenzeitung bezeichnet. Dieser Genossenschaft ist auch der Bäckerverband, dem die Beklagten als Mitglieder angehörten, beigetreten. In seiner Zeitung erliess nun der Bäckerverband folgendes Inserat: „Den Mitgliedern des kantonalen und schweizerischen Bäcker- und Konditorenverbandes, Müllern und Mehlhändlern, bringen wir zur Kenntnis, dass wir im Streite stehen mit V., Bäcker und Konditor in B. Wir ersuchen Sie dringendst, uns im Kampfe zu unterstützen, und die bezüglichen Vorschriften strikt inne zu halten.“ In dem Protokoll des Bäckerverbandes wird als Motiv dazu angeführt, der jetzige Brotpreis sei nur ein Kampfpreis, der vor ungefähr einem Jahr von V. desshalb so herabgesetzt worden sei, und nur desshalb, um den Verein zu chikanieren. Die Erwartung des Vereins, V. werde von selbst umkehren, sei getäuscht worden. Als nämlich die Brotlieferung von K. ausgeschrieben worden sei, habe V. dieselbe zu einem so niedrigen Preise übernommen, dass eben nichts mehr zu verdienen sei, nur aus dem Grunde, um die Vereinsmitglieder zu schädigen. Sie sehen sich nun gezwungen, einen Schritt zu thun, um ihre Existenz auch zu wahren. Das Protokoll sagt sodann: „Damit erklären wir eben, dass wir den betreffenden Müllern, welche V. Mehl liefern, keines mehr abnehmen.“ V. stellte nun gegen G. und Konsorten, als Mitglieder des Bäckerverbandes B., das Rechtsbegehren:

Die Beklagten seien grundsätzlich in den Ersatz von allem aus der über den Kläger verhängten sog. Blokade und der Publikation der Verrufserklärung dem Kläger entstandenen und noch entstehenden Schaden zu verfällen.

Er behauptete, in der durch jene Publikation über ihn verhängten Blokade liege eine widerrechtliche Handlung im Sinne der Art. 50 und 55 O. R. Die schädigenden Folgen derselben seien sofort zu Tage getreten. V. habe von seinen bisherigen Lieferanten kein Mehl mehr erhalten; alle Müller des Kantons und der Schweiz, an die er sich gewendet, hätten ihm abschlägigen Bescheid gegeben.

Die Beklagten bestritten, dass ihr Vorgehen ein rechtswidriges genannt werden könne. Den Streit habe Kläger durch sein auf Schädigung seiner Berufsgenossen abzielendes Geschäftsgebahren provoziert.

Dem die Klage prinzipiell gutheissenden Urteile des Bundesgerichts entnehmen wir folgendes:

Die Passivlegitimation der Beklagten ist nicht bestreitbar. Anerkanntermassen sind die Beklagten Mitglieder des Bäckervereins, welcher nicht als juristische Person im Sinne von Art. 678 O. R. erscheint, und haben sie den Erlass der Publikation beschlossen. Sie haben daher dem Kläger für die Folgen dieser Publikation einzustehen, sofern die übrigen Voraussetzungen der gestellten Ersatzklage vorhanden sind.

Dass dem Kläger durch die genannte Publikation, welche die thatsächliche Grundlage der Klage bildet, ein ökonomischer Schaden entstanden sei, ist als erwiesen anzunehmen.

Unbestreitbar waren diese nachteiligen Folgen von den Beklagten beabsichtigt; denn andernfalls hätte ihre Publikation gar keinen Sinn gehabt. Die Publikation war ausgesprochenermassen ein Kampfmittel, angewendet zum Zwecke, die Renitenz des Klägers gegenüber den Forderungen der Beklagten hinsichtlich der Festsetzung der Brotpreise zu brechen, und diesen Zweck sollte sie eben verwirklichen durch die mit der Absperrung von seinen Bezugsquellen bewirkte Behinderung und Schädigung in seinem Geschäftsbetrieb. Es unterliegt keinem Zweifel, dass die an die Müller und Mehlhändler gerichtete Aufforderung um Unterstützung im Kampf gegen den Kläger die Meinung hatte, dass diese Unterstützung in der Beobachtung der Sperre bestehen solle, und die Beklagten haben denn auch eine andere Bedeutung ihrer Publikation selbst nicht behauptet.

Hiemit sind nun aber die rechtlichen Voraussetzungen der Schadenersatzklage aus Art. 50 O. R. noch nicht erschöpft. Wenn auch Kläger durch eine Handlung der Beklagten thatsächlich benachteiligt, und dieser Nachteil mit Willen der Beklagten bewirkt worden ist, so sind dieselben doch nur dann zum Schadenersatz verpflichtet, wenn ihre Handlungsweise eine rechtlich unerlaubte war. War dagegen das von ihnen zur Durchführung des Konkurrenzkampfes gewählte Mittel ein solches, das weder gegen ein Gebot der allgemeinen Rechtsordnung verstiess, noch ein individuelles Privatrecht des Klägers verletzte, so kann der Kläger ihrem Vorgehen nicht auf dem Wege der Rechtsverfolgung entgegentreten. Denn nicht gegen jede Schädigung, die im gegenseitigen Interessenkampf zugefügt wird, besteht ein Rechtsschutz, sondern nur gegen diejenige, welche durch Verletzung entweder der allgemeinen Rechtsordnung, oder eines individuellen Rechtes bewirkt wird. Wenn nun Kläger das Moment der Rechtswidrigkeit schon in dem ganzen Zweck des schweizerischen Bäckerverbandes erblicken will, und behauptet,

dieser Zweck sei ein unsittlicher und rechtswidriger, weil er einen unerlaubten Zwang auf die freie Preisbildung, auf die das Publikum ein Recht habe, ausübe, so kann ihm hierin nicht beigepflichtet werden. Denn die Hebung eines Gewerbes durch die Vereinbarung der Mitglieder desselben über die Art und Weise, wie dasselbe durchgeführt werden solle, sowie die freie Vereinbarung eines Preisminimums, unter welchem die Verbandsmitglieder ihre Ware nicht abgeben dürfen, verstösst an sich weder gegen die gute Sitte noch gegen die allgemeine Rechtsordnung (Roscher, Nationalökonomie des Handels- und Gewerbefleisses, 6. Aufl. S. 758 und Grundlage der Nationalökonomie § 113). Fragen muss sich dagegen, ob die Mittel, die zur Erreichung eines solchen Zweckes angewendet werden, innerhalb der Grenze des rechtlich zulässigen sich bewegen. In wie weit nun die Anwendung der Blokade gegenüber einem Mitgliede des Vereins, dessen Statuten dieselbe als Strafe verpönten Geschäftsbetriebes vorsehen, statthaft sei, ist hier nicht zu erörtern, da Kläger zur Zeit, als die Blokade über ihn verhängt wurde, bereits seit einem Jahre nicht mehr Mitglied des Bäckerverbandes war und die Vereinsbeschlüsse somit keinerlei Verbindlichkeit für ihn hatten. Die Frage, um die es sich hier handelt, ist vielmehr die, ob die in Rede stehende Massregel dem Kläger, als einem Dritten, ausserhalb des Verbandes stehenden Gewerbetreibenden gegenüber habe angewendet werden dürfen. Darüber ist zu bemerken: Ein Recht darauf, dass die dem Verbande angehörenden, oder überhaupt irgend welche Müller und Mehlhändler seine Offerten auf Mehlbezug berücksichtigen, hatte Kläger selbstverständlich nicht. Es stund jedem, der sich nicht vertraglich dazu verbunden hatte, vollständig frei, ob er dem Kläger liefern wolle oder nicht. Wollte man aber hieraus die Folgerung ziehen, dass deshalb die von den Beklagten unter Hinweis auf die Vereinsvorschriften erlassene Aufforderung, dem Kläger kein Mehl mehr zu liefern, keine Rechtsverletzung enthalten könne, so wäre das verfehlt. Denn wenn auch Kläger dem einzelnen Lieferanten gegenüber, an den er sich wendet, kein Recht darauf hat, dass dieser sich mit ihm einlasse, so anerkennt doch die bestehende Rechtsordnung ein persönliches Recht desselben auf freie Ausübung seines Gewerbes, kraft dessen er Eingriffe Dritter in die auf den natürlichen Lebensverhältnissen beruhenden Beziehungen seines Geschäftverkehrs nicht zu dulden braucht. Ein solcher Eingriff in die Rechtssphäre des Gewerbetreibenden, in das auf Achtung und Geltung

seiner Persönlichkeit im Verkehr gehende Individualrecht desselben wird aber nicht nur dadurch bewirkt, dass ein Dritter durch täuschende Verwechslungen, oder durch ungerechte Herabwürdigung seine Kundschaft von ihm ablenkt, sondern auch dadurch, dass der Dritte durch Drohung oder Zwang Kunden oder Lieferanten vom Verkehr mit ihm abhält. In diesem letztern Falle liegt zwar nicht der Thatbestand einer concurrence déloyale vor (s. Th. Weiss, die concurrence déloyale Seite 46), wohl aber handelt es sich, wie bei dieser, um einen, wenn auch mit andern Mitteln ausgeführten, Angriff auf ein anerkanntes, im Anspruch auf Geltung der Persönlichkeit bestehendes Rechtsgut des Gewerbetreibenden (s. auch Entsch. des deutschen Reichsgerichts, Bd. 28 Nr. 54 und Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 40 Seite 367 u. ff.). Nach dem festgestellten Thatbestande lag nun in der That in dem Vorgehen der Beklagten die Ausübung eines Zwanges, der sich auf einen so grossen Kreis von Müllern und Mehlhändlern erstreckte, dass alle frühern Lieferanten des Klägers ihre geschäftlichen Beziehungen mit ihm abbrachen, und es ihm verunmöglicht wurde, das Mehl zum Betrieb seiner Bäckerei auf eigenen Namen und Rechnung zu beziehen. Es ist dargethan, dass nach den in der Verrufserklärung angerufenen Vorschriften die Nichtbeachtung der Blokade dem fehlbaren Müller oder Mehlhändler die Strafe zugezogen hätte, dass ihm selbst der Streit erklärt und über ihn die Blokade verhängt worden wäre. Es kann also keine Rede davon sein, dass die seitens der Lieferanten gegenüber dem Kläger eingenommene Haltung etwa auf freier Entschliessung beruht habe, sondern es ist als bewiesen anzusehen, dass sie gewungen gehandelt haben. Daran kann der Umstand nichts ändern, dass sie sich als Verbandsmitglieder zum vornherein einem solchen Zwange freiwillig unterworfen hatten. Abgesehen von der Frage, ob sich die Verbandsmitglieder überhaupt rechtswirksam verpflichten konnten, eine derartige einschneidende, die eigene wirtschaftliche Existenz unter Umständen untergrabende Massregel, wie den Boykott, über sich ergehen zu lassen, bestand der Zwang im einzelnen Anwendungsfalle natürlich, trotz der freiwilligen Unterwerfung unter die Vorschriften des Vereins. Indem die Beklagten zum Zwecke, die für den Geschäftsbetrieb des Klägers notwendigen Beziehungen zu seinen Lieferanten zu unterbinden, diesen Zwang zur Geltung brachten, griffen sie aber, wie oben ausgeführt worden ist, nicht bloss in seine Interessen- sondern auch in

seine Rechtssphäre ein und wurden dadurch gemäss Art. 50 O. R. schadenersatzpflichtig.

Was die Klage aus Art. 55 O. R. anbetrifft, so ist nicht zu läugnen, dass die Verrufserklärung geeignet war, den Kläger nicht nur ökonomisch zu schädigen, sondern ihm auch moralisches Leid zuzufügen. Allein nicht jede Verletzung persönlicher Verhältnisse, selbst wenn sie rechtlicher Natur ist, begründet von Gesetzeswegen schlechthin einen Anspruch auf Entschädigung; der Gesetzgeber überlässt es vielmehr dem freien, auf gerechter Würdigung der besondern Umstände des Falles beruhenden Ermessen des Richters, zu bestimmen, ob, abgesehen vom erweislichen Vermögensschaden, auf eine angemessene Geldsumme wegen ernstlicher Verletzung persönlicher Verhältnisse zu erkennen sei. Im vorliegenden Falle muss nun auch dem Kläger ein erheblicher Teil der Schuld daran beigemessen werden, dass die Differenzen mit der Beklagtschaft auf die Spitze getrieben wurden. Wenn auch die Anwendung des von den Beklagten gewählten Kampfmittels seine volle Rechtfertigung in dem Verhalten des Klägers nicht zu finden vermag, so ist doch nicht zu verkennen, dass sie namentlich durch seine Preisunterbietung und seine beharrliche Weigerung, auf die begründeten Vorstellungen der Beklagten einzugehen, dazu provoziert worden sind, ihre Interessen ebenfalls wahrzunehmen. Aus den Akten ergiebt sich, dass Kläger in der That seine Brotpreise ohne Not so niedrig gehalten hat, dass von einem anständigen Verdienste nicht mehr die Rede sein konnte, und dass die Beklagten nur die Einhaltung eines angemessenen Preises gefordert haben. Ist nun auch der, allerdings in der französischen Doktrin und Gerichtspraxis vertretenen Ansicht, dass eine derartige Preisunterbietung unter den Begriff der concurrence déloyale im Rechtssinne falle, nicht beizupflichten, so erscheint das Geschäftsgebahren des Klägers immerhin guter Verkehrssitte zuwider, und es darf dies bei der Beurteilung des Verhaltens der Beklagten nicht unberücksichtigt bleiben. In Würdigung dieser Verhältnisse rechtfertigt es sich vollkommen, von der Zusprechung einer Genugthuungssumme über den Ersatz des erweislichen Vermögensschadens hinaus abzusehen.

Dem Begehren um Publikation des Urteilsdispositivs ist zu entsprechen. Nach Art. 51 O. R. braucht der Schadenersatz bei unerlaubten Handlungen nicht bloss in einer Geldentschädigung zu bestehen, sondern es können auch andere, zur Ausgleichung des erlittenen Unrechts geeignete Mittel

zugelassen werden, wozu zweifellos auch die Publikation des die Rechtswidrigkeit des geschehenen Angriffs konstatierenden Urteils zu zählen ist. Im vorliegenden Fall rechtfertigt sich nun die Veröffentlichung des Urteils, insbesondere mit Rücksicht auf die weite Verbreitung, welche die Publikation der Beklagten durch die Fachzeitung erhalten hat. (Entsch. v. 30. März 1896 i. S. Vögtlin c. Geissbühler & Cons.)

75. *Art. 50 O. R. Inwiefern ist eine Strafanzeige eine schuldhafte rechtswidrige Handlung?*

Die Einreichung einer Strafanzeige qualifiziert sich allerdings nicht schon deshalb allein als rechtswidrige schuldhafte Handlung, weil das durch sie veranlasste Strafverfahren nachträglich ihre Unbegründetheit ergiebt. Entscheidend für die Frage, ob darin eine zum Schadenersatz verpflichtende unerlaubte Handlung liege, ist vielmehr, ob der Anzeigende nach den Verhältnissen, unter welchen er die Anzeige machte, hinreichenden Grund für sein Vorgehen hatte, ob er gewusst habe oder bei der ihm den Umständen gemäss zuzumutenden Aufmerksamkeit und Ueberlegung habe wissen müssen, dass seine Behauptungen unstichhaltig seien; denn wer das Einschreiten der Strafjustiz gegen einen Dritten durch Behauptungen veranlasst, deren Unstichhaltigkeit er bei der nach den Umständen ihm zuzumutenden Aufmerksamkeit kannte oder kennen musste, macht nicht mehr lediglich von dem Rechte Gebrauch, zum Schutze eigener Rechte oder zur Aufrechterhaltung der Rechtsordnung die Intervention der Staatsgewalt anzurufen, sondern bewirkt widerrechtlich und schuldhaft eine Verletzung von Rechtsgütern des Beschuldigten. Dass nun Z. böswillig, mit dem vollen Bewusstsein der Unbegründetheit seiner Behauptungen, den B. denunziert habe, ist nach den Akten nicht anzunehmen. Die thatsächlichen Angaben seiner Betrugsklage beruhten auf den Mitteilungen, die ihm der von B. entlassene O. gemacht hatte, und es liegt nichts dafür vor, dass Z. von deren Unrichtigkeit Kenntnis gehabt habe. Wohl aber trifft den Z. der Vorwurf, ohne die pflichtgemässe Aufmerksamkeit und Ueberlegung vorgegangen zu sein. Unter den obwaltenden Umständen durfte Z. auf die Mitteilungen O.'s nicht ohne weiteres abstellen. Dass dieser O. eine sehr unzuverlässige Quelle sei, hat sich zur Genüge aus der Strafuntersuchung ergeben, und Z. hatte allen Grund, seine Angaben mit Vorsicht aufzunehmen, da ihm, wie auch in der Klageschrift selbst erwähnt ist, be-

kannt war, dass derselbe im Streit mit B. auseinander gekommen war. Auch fehlte es dem Z. an der Möglichkeit nicht, den wahren Sachverhalt festzustellen und seine Rechte gegenüber dem Kläger zu wahren, ohne gleich das Einschreiten der Strafjustiz veranlassen zu müssen, indem er eine Beweisaufnahme zu ewigem Gedächtnis veranlasste. Wenn Z. es vorzog, diesen Weg nicht einzuschlagen, so kann er sich von der Verantwortlichkeit für die Richtigkeit seiner Strafklage nicht mit der Entschuldigung befreien, dass er in gutem Glauben gehandelt habe; denn Z. musste sich bei einiger Ueberlegung sagen, dass es sich hier überhaupt, auch wenn die Angaben O.'s wahr sein sollten, lediglich um ein civilrechtliches Verhältnis handle, und dass die dem B. vorgeworfene Handlung den Thatbestand eines strafrechtlichen Vorgehens überhaupt nicht begründe. (Entsch. vom 24. Januar 1896 i. S. Blauw c. Zander.)

---

**76.** *Art. 202 Abs. 2 O. R. Begriff der Benachteiligungsabsicht.*

Le Tribunal fédéral a toujours interprété strictement le deuxième alinéa de l'art. 202 en ce sens qu'il suffit pour en justifier l'application que les parties aient su ou dû savoir au moment de la tradition que l'aliénation causerait un préjudice à des tiers, spécialement à des créanciers qui sans cela auraient recouvré la totalité ou du moins une partie plus importante de leurs créances (Voir Rec. off. XIII n° 37, cons. 4 et 5; XV n° 54, cons. 4)[1]. (Entsch. vom 21. März 1896 i. S. Siegfried c. Masse Schläpfer.)

---

**77.** *Art. 246 O. R. 1. Frist zur Mängelrüge. 2. Wann liegt Lieferung einer anderen Ware als der gekauften (aliud) vor?*

1. Nach Art. 246 Abs. 2 O. R. ist die Anzeige von erst später entdeckten Mängeln der Kaufsache nicht etwa bloss in thunlichster Frist, sondern sofort nach der Entdeckung zu machen. Dies ist nun nicht geschehen. Die Anzeige von der Entdeckung des Mangels erfolgte erst am 8. Januar 1895, während die Entdeckung am 22. Dezember 1894 erfolgt war. Dieses Zuwarten war gegenüber der bestimmten gesetzlichen Vorschrift, dass die Anzeige sofort zu geschehen habe, ein zu langes, und es muss daher die Mängelrüge als verspätet erklärt werden.

[1]) S. Hafner, Ausg. des O. R., 2. Aufl., Art. 202 N. 6.

2. Bei einem Spezieskauf von Wein kann davon, dass ein aliud pro alio geliefert worden sei, nur dann gesprochen werden, wenn die Identität des gelieferten Weins mit demjenigen, welcher den Gegenstand des Vertrages bildete, zu verneinen ist. Wenn es sich aber um einen Genuskauf handelte, müsste vorliegen, dass überhaupt kein Naturwein, sondern ein anderes Produkt geliefert worden sei; dahin geht jedoch die Einwendung der Kläger ebenfalls nicht; sie bestreiten nicht, dass ihnen Naturwein geliefert worden sei, sondern ihre Behauptung geht dahin, dass derselbe kein reiner Naturwein sei und deswegen die garantierte Eigenschaft nicht besitze. Damit machen sie aber lediglich einen Qualitätsmangel geltend. Als unbegründet muss endlich auch der Einwand bezeichnet werden, dass Art. 246 O. R. bei Fehlen vertraglich garantierter Eigenschaften nicht Platz greife; derselbe statuiert vielmehr ganz allgemein die Pflicht des Käufers zur Prüfung der Beschaffenheit der empfangenen Ware, ohne Unterschied, ob es sich um Eigenschaften derselben handle, die der Verkäufer besonders zugesichert oder für die er schon von Gesetzeswegen dem Käufer zu haften hat. (Entsch. vom 7. März 1896 i. S. Schenk & Cie c. Zündel & Cie.)

---

78. *Art. 338 Abs. 2 O. R. Dienstvertrag; Voraussetzungen der stillschweigenden Vereinbarung einer Vergütung.*

A teneur de l'art. 338 al. 2 C. O. même à défaut de stipulation expresse, une rémunération est due par celui qui s'est fait promettre les services, lorsque, eu égard aux circonstances, il ne pouvait les supposer gratuits; mais, aux termes de cette disposition parfaitement claire de la loi, il ne suffit pas, pour que l'on doive admettre la promesse tacite d'une rémunération, que des services personnels aient été rendus en fait à quelqu'un; il faut encore que cette prestation de services ait eu lieu ensuite d'une obligation contractée par celui à qui ils incombaient. Le rapport de droit doit être tel qu'on puisse en déduire l'existence d'une stipulation tacite, en ce sens que celui qui a promis les services ait assumé de ce chef une obligation vis-à-vis de la personne à laquelle ils doivent être rendus, et qu'il ne s'agisse pas simplement de services rendus à titre amiable ou par pure complaisance. Lorsque la promesse de services repose sur une obligation, et que ces derniers sont de nature à n'être, dans la règle, rendus que moyennant rémunération, le fait de leur accep-

tation sans protestation autorise à conclure que la promesse d'une rémunération résulte effectivement de l'accord tacite des parties; en effet, dans de telles circonstances, la bonne foi exige que celui qui accepte les services sans vouloir se soumettre à l'obligation de les rémunérer, en avise l'autre contractant.[1]) (Entsch. vom 28. Februar 1896 i. S. Waber c. Waber.)

---

**79.** *Art. 346 O. R. Konkurs und Bestrafung eines Angestellten wegen leichtsinnigen Konkurses als wichtiger Grund zur Aufhebung eines Dienstvertrages; Kenntnis jener Thatsachen auf Seiten des Dienstherrn bei Abschluss des Dienstvertrages.*

In der Regel wird der leichtsinnige Bankerott, ja sogar der blosse Konkurs eines geschäftsleitenden Angestellten dem Geschäftsherrn einen wichtigen Grund zur sofortigen Entlassung geben, indem unter diesen Umständen die nötige Autorität gegenüber den unteren Angestellten verloren sein wird, und damit eine wesentliche Voraussetzung, unter welcher der Dienstvertrag abgeschlossen wurde, sich als hinfällig erweist. Steht aber fest, dass der Geschäftsherr schon bei Eingehung des Vertrages die Konkursfälligkeit des Angestellten kannte und wusste, dass dieser unter Strafuntersuchung wegen leichtsinnigen und betrüglichen Fallimentes stehe, bildete also diese, das Ansehen des Angestellten erschütternde Situation desselben kein Hindernis, ihn als Leiter seines Geschäftes anzustellen, so kann der Geschäftsherr später nicht mehr auf diese Thatsache als Aufhebungsgrund zurückkommen. (Entsch. vom 20. März 1896 i. S. Wiesendanger c. Eisenhut.)

---

**80.** *Art. 512 O. R Differenzgeschäft.*

1. Die Frage, ob einem Anspruch wegen der behaupteten Spielnatur des ihm zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts der Rechtsschutz zu versagen sei, ist nach zwingender Rechtsregel zu beantworten, woraus folgt, dass der Richter die darauf bezüglichen Bestimmungen des einheimischen Rechts von Amtes wegen anzuwenden hat, also auch dann, wenn das betreffende Rechtsgeschäft im übrigen vom ausländischen

---

[1]) Es wird dann ausgeführt, dass der Ehemann, welcher nach erfolgter Gütertrennung die Güter seiner Frau bewirtschaftet und den Ertrag mitgenossen habe, nicht berechtigt sei, nach Auflösung der Ehe Lohn für diese Bewirtschaftung zu beanspruchen.

Rechte beherrscht wird (s. Amtl. Slg. der bundesgerichtlichen Entsch., Bd. 20 S. 449 Erw. 6).

2. Das Kriterium eines klaglosen reinen Differenzgeschäfts nun ist, nach der konstanten Praxis des Bundesgerichts, darin zu suchen, dass die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend durch übereinstimmenden Vertragswillen Recht und Pflicht wirklicher Lieferung und Abnahme ausschliessen wollen, so dass Vertragsgegenstand bloss die Kursdifferenz ist (s. bundesgerichtl. Entsch. Band 19 S. 824 Erw. 4). Dieser Schluss erscheint nun namentlich dann gerechtfertigt, wenn zwischen der ökonomischen Lage eines Spekulanten und dem Umfang der Börsengeschäfte desselben ein derartiges Missverhältnis besteht, dass der Spekulant an Uebernahme einer Pflicht zur Realerfüllung vernünftigerweise gar nicht denken kann, und dieses Missverhältnis seinen Mitkontrahenten bekannt ist. Das Vermögen des Spekulanten muss indess nicht so gross sein, dass derselbe die gekaufte Ware effektiv beziehen kann, da es ihm freisteht, die Ware in der Zwischenzeit weiter zu verkaufen oder sich durch ein Reportgeschäft das zum Bezuge der Ware erforderliche Geld zu verschaffen, und es kommt daher nur darauf an, dass der Spekulant genügendes Vermögen habe, um die Gefahren von ihm ungünstiger Preisänderung tragen zu können (s. Grünhut in Endemann's Handbuch des Handelsrechts III S. 15, Wiener, Differenzgeschäft S. 34). Selbst wenn übrigens ein solches Missverhältnis thatsächlich besteht, so darf ein Schluss auf beidseitigen Ausschluss von Recht und Pflicht wirklicher Lieferung und Abnahme nur unter der weiteren Voraussetzung gezogen werden, dass dieses Missverhältnis beiden Teilen bekannt war oder bei gehöriger Aufmerksamkeit bekannt sein musste. Ein Handelshaus, welches sich mit einem Manne in bescheidener Stellung in Börsengeschäfte von bedeutendem Umfang eingelassen hat, wird sich nicht auf sein Nichtwissen um die ökonomische Lage des Mitkontrahenten berufen können, wenn es trotz aller Wahrscheinlichkeit eines solchen Missverhältnisses sich zu erkundigen unterlassen hat.

3. Die blosse Absicht eines Kontrahenten, nicht effektiv zu erfüllen, sondern am Stichtage statt der wirklichen Erfüllung Vergütung der Preisdifferenz eintreten zu lassen, ist selbst dann nicht entscheidend, wenn diese Absicht dem Gegenkontrahenten bekannt war, und es sind daher die Ausführungen unerheblich, welche darthun sollen, dass er von Anfang an nie beabsichtigt habe, effektive Lieferung zu verlangen (s. bundesgerichtl. Entsch. Bd. 18, S. 538).

4. Keinen Schluss auf die Vereinbarung eines reinen Differenzgeschäftes gewährt die Thatsache, dass sich die Kläger für den Abschluss des fraglichen Geschäfts eine Provision ausbedungen haben, denn diese Beredung erklärt sich einfach daraus, dass die Kläger als Einkaufskommissionäre handelten, und steht mit der Frage, ob das Geschäft durch effektive Erfüllung oder durch Ausgleichung der Differenz abgewickelt werden sollte, in gar keinem Zusammenhang. Ebenso ist es für diese Frage ohne Belang, ob die Lieferungstage genau bezeichnet worden seien oder nicht. (Entsch. vom 14. März 1896 i. S. Mahler c. Reiche & Cie.)

81. *Unfallversicherung. Tod als direkte Folge eines Unfalls?*

J. B. hatte sich bei S. U. G. gegen Unfall versichert. § 11 der Police besagt: „Die Gesellschaft vergütet, sofern der Tod sofort oder binnen Jahresfrist nachgewiesenermassen als direkte Folge des Unfalls eintritt, die volle vereinbarte Versicherungssumme.“ B. erlitt in Folge Scheuwerdens eines Pferdes einen komplizierten Bruch des linken Beines. Die Verletzung brachte es mit sich, dass er längere Zeit in ruhiger Rückenlage im Bett bleiben musste. Der Verlauf der Heilung war ein normaler; dennoch starb B. 18 Tage nach dem Unfall plötzlich an Herzlähmung. Die S. U. G. verweigerte die Zahlung der Versicherungssumme, weil der Tod B.'s nicht die direkte Folge des Unfalls, sondern die Todesursache vielmehr Herzlähmung, hauptsächlich in Folge Erkrankung der Herzkranzgefässe und des allgemeinen Gefässsystems gewesen sei. Indem die Police eine Entschädigung im Todesfalle nur gewähre, wenn der Tod als direkte Folge des Unfalls eingetreten sei, genüge eine Verkettung von Umständen und Momenten, die zwischen Unfall und Tod liegen, nicht, sondern der Unfall müsse den Tod direkt, ohne Zukommen anderer Thatsachen und ohne Mittelglied, verursacht haben. Der Sanitätsrat L. erklärte, ein direkter Zusammenhang zwischen dem Beinbruch und dem Eintritt des Todes in dem Sinne, dass von der Frakturstelle eine Fettembolie oder eine Infektion ausgegangen wäre, bestehe nicht. Mit höchster Wahrscheinlichkeit sei eine Blutsenkung im Lungen- und Körperkreislauf die Veranlassung des Eintritts der Herzlähmung. Diese Kreislaufstörung sei höchst wahrscheinlich bedingt worden durch die in Folge der Fraktur notwendig gewordene absolute Rückenlage. Die bei

der Sektion gefundenen pathologisch-anatomischen Veränderungen schliessen nicht aus, dass der Patient, wenn nicht der Eintritt der Herzlähmung auf obige Weise veranlasst worden wäre, noch einige Jahre hätte leben können. Die Klage wurde in allen Instanzen gutgeheissen; vom Bundesgericht aus folgenden Gründen:

Die Frage, ob der Tod des Versicherten mit dem von B. erlittenen Unfall in einem derartigen Zusammenhang stehe, dass die Gefahr, welche der Versicherungsvertrag zum Gegenstand hat, darin verwirklicht erscheine, ist keineswegs eine blosse Thatfrage, deren Ueberprüfung dem Bundesgericht entzogen wäre. Es handelt sich hiebei in erster Linie um die Feststellung des Vertragsinhalts vermittelst Auslegung der vertraglichen Willenserklärungen der Parteien, und zwar unter Anwendung von Auslegungsregeln des materiellen Rechts. Ob die Vorinstanz in der Handhabung dieser letzteren richtig verfahren sei oder geirrt habe, ist aber eine Frage der Rechtsanwendung und untersteht daher der Kognition des Bundesgerichts.

Die Bestimmung, dass der Tod nachgewiesenermassen als die direkte Folge des Unfalls eintrete, ist nicht unmoralisch. Der Zweck derselben geht augenscheinlich dahin, die Haftung der Gesellschaft als Versicherer gegen Unfälle gegenüber einer Haftung für Krankheiten möglichst abzugrenzen, und nun ist völlig klar, dass dieser Zweck ein erlaubter und der Versicherer berechtigt ist, die Vertragsbestimmungen so zu fassen, dass nicht solche Fälle in den Kreis der Versicherung einbezogen werden, die zu der Gefahr, gegen welche diese Art der Versicherung geht und nach welcher ihre Prämien berechnet werden, nicht gehören.

Ueber die Frage, was unter der Bestimmung, dass der Tod die direkte Folge des Unfalls sein müsse, zu verstehen sei, ist zu bemerken: Der Bedeutung, welche das Wort „direkt“ im Sprachgebrauch hat, würde die Auffassung entsprechen, dass der Unfall mit dem Tod in unmittelbarem Zusammenhang von Ursache und Wirkung stehen müsse, im Gegensatz zu einem bloss mittelbaren, indirekten Zusammenhang, wobei noch andere Ursachen dazu treten und erst vermittelst dieser der Erfolg zu Stande kommt. Rein wörtlich genommen wird aber mit dem Wort direkt nicht schon der Grad der Kausalität, sondern lediglich die Richtung derselben bezeichnet, und es kann direkte Folge in diesem Sinne auch bloss den geraden Verlauf der Dinge, die folgerichtige Entwicklung von Ursache zur Wirkung bedeuten. In welcher

Bedeutung das Wort hier gebraucht sei, muss sich aus dem Zusammenhang des Versicherungsvertrages ergeben. Nun wird in dem gleichen § 11 der Police die Frist, binnen welcher der Tod als Folge des Unfalls eingetreten sein muss, auf ein Jahr festgesetzt, und in § 14 bestimmt, dass, wenn der Tod nach Auszahlung einer Entschädigung für Invalidität oder vorübergehende Erwerbsunfähigkeit innert eines Jahres vom Unfalltage ab nachgewiesenermassen als direkte Folge desselben Unfalles eintrete, auch dann noch die auf den Todesfall versicherte Summe, unter Abzug der schon geleisteten Entschädigungen, ausbezahlt werde. Diese Bestimmungen weisen darauf hin, dass die Beklagte bei Festsetzung des Vertrages der Bedingung, dass der Tod die direkte Folge des Unfalls sein müsse, selbst nicht die Bedeutung beigelegt hat, als ob damit ein unmittelbarer Zusammenhang, unter Ausschluss aller Zwischenursachen, gefordert werde. Denn sonst wäre es schwer zu begreifen, wieso sie in Fällen, wo sie bereits für Invalidität oder vorübergehende Erwerbsunfähigkeit die Entschädigung ausbezahlt hat und innert Jahresfrist in Folge desselben Unfalls nachträglich der Tod eingetreten ist, die für den Todesfall versicherte Summe als verfallen anerkennen wollte, indem es in diesen Fällen auf der Hand liegt, dass mitwirkende Ursachen hinzugetreten sein müssen. Somit geht schon aus den eigenen Vertragserklärungen der Beklagten hervor, dass mit der in Frage stehenden Bedingung nicht ein solch' enger Kausalzusammenhang gefordert wird, wonach die beim Unfall erlittene Verletzung die einzige, unmittelbare Ursache des Todes sein müsste, sondern dass auch solche Fälle durch die Versicherung gedeckt sein sollen, wo der ursächliche Verlauf in eine Reihe von Kausalitätsmomenten aufgelöst erscheint.

Die Bedingung, dass ein direkter Kausalzusammenhang zwischen Unfall und Tod bestehen müsse, kann daher nur so verstanden werden, dass damit eine ununterbrochene, dem normalen Verlauf der Dinge entsprechende Kette von Ursachen und Wirkungen verlangt wird, im Gegensatz zu einem solchen Verlauf, bei welchem die normale Folge von Ursache und Wirkung durch fremde, von aussen hinzukommende Momente abgelenkt oder durchbrochen wird. Als direkte Folge des Unfalles erscheint hienach der Tod dann, wenn er durch den Unfall, auch in Verbindung mit anderen Ursachen, aber mit solchen herbeigeführt wird, die der Unfall im ordentlichen Lauf der Dinge ausgelöst und wirksam gemacht hat. Zu den normalen, durch den Unfall ausgelösten Ursachen ge-

hören nun auch diejenigen, welche auf der körperlichen Beschaffenheit des Verletzten beruhen, mag diese Beschaffenheit selbst eine normale sein oder nicht. Wie das Bundesgericht in seiner Entscheidung in Sachen Deubelbeiss c. Unfallversicherungsgesellschaft Zürich (A. S. Bd. XIX, S. 390) ausgesprochen hat, ändert der Umstand, dass der Versicherte wegen seiner körperlichen Beschaffenheit den nachteiligen Folgen des Unfalles in besonderem Masse ausgesetzt war, an der Frage, ob diese Folgen rechtlich als Folgen des Unfalles zu betrachten und desshalb durch die Versicherung gedeckt seien, nichts. Dies ergiebt sich für den vorliegenden Versicherungsvertrag insbesondere auch aus § 3 der allgemeinen Bedingungen. Denn wenn hier mit schweren körperlichen Gebrechen oder sonst mit schweren Krankheiten behaftete Personen als nicht versicherungsfähig bezeichnet werden, so beruht diese Ausschliessung offenbar auf der Erwägung, dass bei denselben die Folgen von Verletzungen viel schwerere sein müssen, und desshalb das Risiko des Versicherers bei deren Einbeziehung in die Versicherung ungewöhnlich erweitert würde. Die Gesellschaft hat also gegenüber der Gefahr einer zu weiten Ausdehnung ihrer Haft nach dieser Richtung hin ihre schützenden Bestimmungen getroffen, und kann danach aus einer körperlichen Prädisposition des Versicherten nur insoweit Einwendungen gegen ihre Zahlungspflicht erheben, als diese Bestimmungen reichen. Tritt die Krankheit erst nach dem Abschluss des Vertrages ein, so lässt die Police diesen nicht dahin fallen; derselbe besteht vielmehr unverändert fort, und es ist danach klar, dass die Versicherungsgesellschaft auch das durch diese Veränderung der gesundheitlichen Verhältnisse des Versicherten vermehrte Risiko tragen muss.

In casu ist nun festgestellt, dass der Beinbruch, resp. die dadurch bedingte lange dauernde Ruhelage eine solche Menge von disponierenden Momenten geschaffen habe, dass anzunehmen sei, B. sei eben an den Folgen des erlittenen Unfalls gestorben, während er ohne diesen Unfall trotz der bereits damals vorhandenen pathologischen Veränderungen am Herzen und Gefässsystem noch Jahre lang hätte leben können. Die Vorinstanz misst dabei dem beim Unfall bereits vorhandenen Krankheitszustande allerdings einen erheblichen Einfluss auf den tödtlichen Ausgang bei, allein sie konstatiert, dass dieser Krankheitszustand nicht etwa für sich allein den Tod herbeigeführt habe, sondern dass der Tod durch den Unfall verursacht worden sei, unter Mitwirkung der genann-

ten prädisponierenden Momente. Damit ist der erforderliche Kausalzusammenhang gegeben. Denn darauf kommt nichts an, dass der Versicherte wegen seiner Prädisposition den bezeichneten nachteiligen Folgen des Unfalles leichter erliegen musste. Es genügt vielmehr, dass festgestelltermassen der Beinbruch die dreiwöchige, absolut ruhige Rückenlage des Verletzten bedingt und dass sich aus dieser die unmittelbare Todesursache entwickelt hat, ohne dass etwa mit dem Unfall in keinem Zusammenhang stehende äussere Ursachen dazwischen getreten wären. (Entsch. vom 28. März 1896 i. S. Bühlmann c. Schweiz. Unfallversicherungsgesellschaft Winterthur.)[1]

---

82. *1. Art. 254 und 260 B.-Ges. betr. Schuldbetreibung und Konkurs; Befugnis der Konkursverwaltung zur Abtretung von Anfechtungsansprüchen bei Nichtzustandekommen der Gläubigerversammlung. 2. Art. 399 O. R. Uebergang der Forderungsrechte auf den Auftraggeber; Bedeutungslosigkeit der Unkenntnis des Auftrags auf Seite des Dritten.*

1. Il n'est pas douteux que l'assemblée générale n'ayant pu, faute de créanciers présents, être constituée pour délibérer sur la cession à B. des prétentions de la masse contre F., le préposé aux faillites, auquel n'avait été adjointe aucune commission de surveillance, avait pouvoir de faire la dite cession au nom de la masse (art. 254 et 260 L. P.).

2. Il est indifférent pour l'application de l'art. 399 al. 1 C. O. que le tiers qui traite avec le commissionnaire ait connaissance de l'existence de la commission; même lorsqu'il l'ignore, le commettant acquiert des droits directs contre lui en tant que les conditions légales sont réunies pour que les droits du commissionnaire passent sur sa tête. Cela résulte clairement des termes et du but de la disposition légale précitée. (Entsch. vom 14. Februar 1896 i. S. Belly et Fils c. Fossati.)

---

83. *Art. 287 Ziffer 2 B.-Ges. betr. Schuldbetreibung und Konkurs; inwiefern sind Wechsel übliche Zahlungsmittel?*

L'art. 446 C. comm. fr. déclare nuls tous paiements faits par le failli, autrement qu'en espèces ou effets de commerce,

[1]) Dabei bestätigte das Bundesgericht neuerdings seine wiederholt ausgesprochene Ansicht, dass die Versicherungssumme in Ermangelung eines in der Police bezeichneten Destinatärs an die Erben des Versicherungsnehmers und im Falle Ausschlagung des Nachlasses an die Konkursmasse zu zahlen sei.

depuis ou dans les dix jours avant l'époque de la cessation de ses paiements déterminée par le tribunal. En vertu de cette disposition, le paiement fait en lettres de change ou billets à ordre est assimilé en France, au point de vue de sa validité, au paiement fait en espèces (Voir Lyon-Caen et Renault, Droit commercial II, nos 2746 et 2747).

Le projet de loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, du 23 février 1886, dans son art. 43 correspondant à l'art. 287 de la loi actuelle, déclarait de même annulable le paiement d'une dette opéré autrement qu'en numéraire ou par la remise d'effets de commerce (Handelspapiere). Lors de la révision définitive du texte du projet de loi, dans l'intervalle entre le second et le troisième débat devant les Chambres fédérales, les mots „en numéraire ou par la remise d'effets de commerce" furent remplacés, dans la rédaction du Conseil fédéral du 7 décembre 1888, par ceux de „en numéraire ou valeurs usuelles" (in Barschaft oder anderweitige übliche Zahlungsmittel), sans que rien dans le message du Conseil fédéral (feuille fédérale 1888, IV page 1177) indique quels ont été les motifs de cette substitution, ni quel sens exact le Conseil fédéral a attaché à l'expression nouvelle de valeurs usuelles. Il résulte toutefois de la comparaison de cette expression avec celle qui lui correspond dans le texte allemand de l'art. 287 chiffre 2 L. P., que l'on ne doit entendre par valeurs usuelles que les valeurs qui servent habituellement de moyens de paiement (übliche Zahlungsmittel). Mais ce serait aller trop loin que d'exiger, que les valeurs soient de telle nature que leur remise opère l'extinction immédiate de la dette payée à l'égal de la remise d'espèces. A ce compte là les billets de banque seuls pourraient être envisagés comme valeurs usuelles. Or, tel n'est évidemment pas le sens de la loi, qui sans cela aurait simplement déclaré nul „tout paiement opéré autrement qu'en numéraire ou billets de banque." On doit bien plutôt considérer comme valeurs usuelles toutes celles qui dans l'usage du commerce et la pratique des affaires et dans les rapports entre les personnes en cause sont habituellement données et reçues en paiement. Tel est par exemple le cas du chèque, ainsi que des coupons d'intérêt échus dont le paiement est certain. Quant aux effets de change, on ne saurait les considérer a priori et d'une manière absolue comme des valeurs usuelles au sens de l'art. 287 L. P. Les effets de change nés d'un commerce de banque proprement dit (Bankwechsel) pourront être considérés comme tels plus aisément que les effets tirés

par des commerçants ou industriels sur leurs clients ou souscrits par ceux-ci (Kundenwechsel). Il faudra donc, dans chaque cas, tenir compte des circonstances particulières (Voir Brüstlein et Rambert, Commentaire, art. 287 n° 5). Dans l'espèce, les effets remis par D. à M. n'étaient pas des effets de banque, mais des billets représentant le solde du prix d'achat de l'imprimerie D. dû par les souscripteurs. Soit quant à leur chiffre, soit quant à leur forme, ils se distinguaient complètement des effets remis antérieurement par D. à M. Tandis que les remises antérieures portaient sur de petites traites, dépassant rarement 100 fr., créées par D. sur ses clients, les trois effets K. et St. sont au contraire des billets de change, d'une valeur totale de 5050 fr., souscrits directement à l'ordre de M. et avalisés par D. De plus les opérations antérieures étaient des opérations d'escompte, destinées à procurer des fonds à D., tandis que dans le cas litigieux il s'agit d'une remise d'effets en paiement. Cette dernière opération se distingue donc de celles qui l'avaient précédée soit quant à la forme, soit quant à l'importance, soit surtout quant au but. On ne saurait donc considérer la remise des billets K. et St. comme un paiement en valeurs usuelles, c'est-à-dire comme un moyen de paiement usuel dans les relations entre D. et A. F. M.[1]) Il s'agit simplement d'une assignation dans le sens des art. 406 et suiv. C. O. (Entsch. vom 7. März 1896 i. S. Maire c. Masse Depierre.)

---

84. *Art. 285 ff. und 311 betr. Schuldbetreibung und Konkurs. 1. Anfechtungsrecht des erst nach Abschluss des angefochtenen Rechtsgeschäftes entstandenen Gläubigers. 2. Befugnis des Anfechtungsbeklagten zur Geltendmachung der dem Schuldner zustehenden Einreden. 3. Anwendbarkeit des Art. 311 cit. B.-Ges. auf Geldstrafen.*

1. Il est indifférent que la créance du demandeur à l'action révocatoire existât déjà ou non au moment de la conclusion de l'acte attaqué; l'art. 285 L. P. attribue cette action à tout créancier porteur d'un acte de défaut de biens provisoire ou définitif, sans poser comme condition que la prétention du créancier ait déjà existé au moment de la conclusion de l'acte incriminé. Il suffit donc que le demandeur à l'action révocatoire soit créancier au moment de l'ouverture de celle-ci, et que les réquisits des art. 286, 287 ou 288 L. P. se trouvent réalisés.

---

[1]) Der oben in Nr. 54 Ziff. 2 aufgestellte Begriff der „üblichen Zahlungsmittel" ist also n i c h t festgehalten worden.

2. Comme il n'y a que les créanciers qui soient en droit d'exercer l'action révocatoire, le défendeur à celle-ci doit être admis à invoquer tous les faits, concernant le débiteur, qui peuvent être de nature à exercer de l'influence sur l'existence et la quotité de la créance, en vertu de laquelle l'action est intentée; une personne non créancière n'ayant point qualité pour l'ouvrir, il doit être permis au défendeur de prouver que cette qualité fait défaut au demandeur.

3. La créance de la Régie des alcools[1]) était d'une nature particulière, qui excluait l'application de la disposition de l'art. 311 L. P., aux termes de laquelle le concordat homologué est obligatoire pour tous les créanciers. En effet la condamnation à une amende n'a pas pour but principal d'assurer à l'Etat un avantage pécuniaire, mais bien de frapper la personne du condamné d'une peine à raison de ses agissements punissables. C'est pour ce motif, et avec raison, que la loi pénale prévoit tout particulièrement la peine de l'amende dans les cas où les délits qu'il s'agit de punir ont l'amour du lucre pour mobile principal; ce serait, dès lors, aller à l'encontre du but même de cette pénalité que de traiter la créance, née de ce chef en faveur de l'Etat, à l'égal d'une créance ordinaire, et d'autoriser ainsi le débiteur à s'en libérer par la voie du concordat ou de la faillite. La différence entre les créances ordinaires et celles nées ensuite de la condamnation à une amende se manifeste entre autres dans la disposition légale autorisant la transformation de l'amende en prison en cas de non paiement. Dans ce cas, en effet, l'amende entière peut être réclamée sous une autre forme, malgré l'obtention d'un concordat, ce qui démontre que cette pénalité subsiste comme telle, même après l'accord intervenu entre le débiteur et ses créanciers, et malgré cet arrangement. L'existence d'un concordat pourrait, tout aux plus, être opposée à la réclamation d'une amende dans le cas où une partie de celle-ci aurait été payée ensuite de ce concordat. (Entsch. v. 20. März 1896 i. S. Ghilione c. Eidg. Alkoholverwaltung.)

---

85. *Unpfändbare Sachen. An die Stelle der gerichtlich zugesprochenen Entschädigungssumme für Fabrikunfall tritt das daraus Angeschaffte. Art. 92 Ziff. 10 B.-Ges. über Betreibung und Konkurs.*

[1]) Es handelte sich um eine der W. Ghilione wegen Uebertretung des B.-Ges. über gebrannte Wasser gemäss Art. 14 desselben auferlegte Geldstrafe

H. Bovet und J. Kaufmann haben gegen J. Strähl für eine Forderung von Fr. 321.60 Pfändung von Mobiliar, einer Liegenschaft und einiger Mietzinse erwirkt. Der Schuldner beschwert sich gegen diese Pfändung, weil er Mobiliar und Liegenschaft aus einer Entschädigungssumme von Fr. 6000 erworben habe, die ihm durch Gerichtsurteil für einen Fabrikunfall zugesprochen worden sei, diese Gegenstände somit an die Stelle der Entschädigungssumme getreten und daher gleich dieser unpfändbar seien. Diese, von den Gläubigern bestrittene Ansicht wurde in Uebereinstimmung mit der kantonalen Aufsichtsbehörde vom Bundesgerichte als richtig anerkannt.

Motive: Das vornehmste Ziel der Haftpflichtgesetzgebung ist, den in bestimmten Betrieben Verletzten oder ihren Angehörigen einen Ersatz für den Ausfall an Arbeitskraft zu gewähren, den sie erlitten haben, und ihnen so die ökonomische Existenz unter den Bedingungen, wie sie zur Zeit des Unfalles bestanden haben, auch für die Zukunft zu sichern. Die Entschädigung, mag sie in der Form einer Rente oder einer Kapitalsumme entrichtet werden, tritt an die Stelle der verlorenen Arbeitskraft. Wie aber diese selbst nicht einen Vermögenswert bildet, der pfändbar wäre, so soll auch das Aequivalent dafür nicht pfändbar sein. Dies ist in Art. 92 Ziff. 10 B.-Ges. über Sch. und K. ausgesprochen. Dabei kann es nun aber weiter keinen Unterschied machen, ob das Aequivalent noch in der ursprünglichen Form vorhanden oder in andere Werte umgesetzt worden sei. Sonst würde der Zweck der Bestimmung bei der ersten Umsetzung illusorisch werden, und dem Entschädigten wäre es, wenn er die Rechtswohlthat sich bewahren wollte, verwehrt, die bezogene Geldsumme auch nur auf einer Kasse zu deponieren. Durch die Umsetzung verlieren die Werte ihren besonderen Charakter und ihre besondere Bestimmung eines Ersatzes der verlorenen Arbeitskraft nicht, und es muss deshalb der Schutz, der der Entschädigungsforderung und der geleisteten Entschädigung zuerkannt wird, auch auf sie ausgedehnt werden, sofern nur der Nachweis erbracht werden kann, dass dieselben aus der Entschädigung für Körperverletzung oder Gesundheitsstörung herrühren.

Mit dieser Auslegung wird man auch der Absicht des Gesetzgebers gerecht, die ihn zur Annahme der Bestimmung in ihrer Formulierung führte, wie sie vorliegt. Es geschah zum Zwecke der Erweiterung der Rechtswohlthat des Art. 92 Ziff. 10 des Betreibungsgesetzes, wenn der Ständerat den Entwurf des Bundesrates, der als unpfändbar nur die dem

Verletzten oder den Angehörigen des Getöteten zuerkannten Pensionsguthaben und Entschädigungsbeträge bezeichnete, dahin ergänzte, dass diese Vermögensstücke auch unpfändbar sein sollten, wenn sie ausbezahlt sind. Auch in der Hand des Schuldners sollen also derartige Beträge vor dem Zugriffe der Gläubiger geschützt sein. Dieser den Schutz erweiternden Tendenz entspricht es, wenn erklärt wird, dass es nichts verschlage, wenn der Schuldner eine Umsetzung der ursprünglich erhaltenen Werte bewerkstelligt hat.

Eine andere Auslegung würde, wie die kantonale Aufsichtsbehörde richtig erwähnt, dazu führen, dass der Schuldner darauf angewiesen wäre, das ihm ausgerichtete Kapital zu verzehren. Darin läge einmal eine unerträgliche Beschränkung desselben in der Verwendung und Verwaltung seiner Hilfsmittel. Es würde aber weiterhin dadurch geradezu die Entschädigung ihrem wirtschaftlichen Zwecke entfremdet. Dieselbe soll produktiv wirken wie die Arbeitskraft, an deren Stelle sie getreten ist; sie soll nicht konsumiert werden. Gerade deshalb wird in vielen Fällen von den Gerichten den Berechtigten statt einer Rente eine Kapitalsumme zuerkannt, wie dies auch im Fabrikhaftpflichtgesetz als Regelfall vorgesehen ist. Wenn aber die Entschädigung diese Funktion ausüben soll, so muss der Entschädigte notwendigerweise die Möglichkeit besitzen, den Kapitalbetrag, den er erhalten hat, in einen andern Kapitalwert umzusetzen, ohne deshalb der Rechtswohlthat des Art. 92 Ziff. 10 verlustig zu gehen. (Entsch. v. 11. Februar 1896 i. S. Bovet und Kaufmann c. Strähl.)

---

## B. Entscheide kantonaler Gerichte.

---

**86.** *Simulation d'un contrat. Admission de la preuve testimoniale. Droit fédéral ou cantonal? Art. 16 C. O.*

**Vaud.** Jugement du Tribunal cantonal du 7 avril 1896 d. l. c. Vermeil c. Chaubert.

Par acte reçu Dupraz notaire, du 8 août 1893, Chaubert a déclaré constituer en faveur de Vermeil une rente annuelle et viagère de 6400 fr., en paiement d'une partie du prix de la cession d'une créance de 27,000 fr., après 7000 fr. versés au comptant. En vertu de cet acte Vermeil a dirigé contre Chaubert la poursuite par commandement de payer du 24 août

1894. Chaubert s'est opposé à la poursuite et a fait valoir que l'acte est simulé, le notaire Dupraz ayant déclaré aux parties que comme Louis Jaquemot, au nom de sa femme, reconnaîtrait en faveur de Vermeil une obligation hypothécaire de 27,000 fr. qui devait être cédée par Vermeil en retour d'une rente viagère, puis donnée en gage au dit Vermeil, cette cession ne pouvait se faire directement à Jaquemot, mais qu'il fallait prendre un tiers de complaisance, qui en la forme se constituerait débiteur de la rente, Jaquemot étant, en la forme, indiqué comme caution solidaire, et Chaubert ayant souscrit dans ces conditions et sur ces affirmations l'acte de rente viagère du 8 août 1893. Chaubert a déclaré vouloir établir ces faits au moyen de la preuve testimoniale. Vermeil s'est opposé à ce genre de preuve, par les motifs ci-après: La preuve de la simulation de l'acte n'est pas admise, en droit vaudois, en faveur des parties contractantes. En droit fédéral, la preuve de la simulation ne parait pouvoir porter que sur la nature de la convention. En l'espèce la preuve tend aussi à établir que Jaquemot, et non Chaubert, serait débiteur de la rente viagère, soit d'une somme supérieure à 800 fr. anciens. La preuve testimoniale de toute convention dépassant cette somme est interdite. En outre, le contrat de rente viagère en question est notarié, et a ainsi tous les caractères d'un acte authentique. Or, un tel acte fait pleine foi de son contenu, et ne peut être attaqué que par une inscription de faux. — La preuve testimoniale a été admise par le tribunal.

Motifs: Considérant que le contrat de rente viagère est régi, alors qu'il ne résulte pas d'une créance hypothécaire, exclusivement par le Code fédéral des obligations Art. 517 ss.

Qu'en l'espèce, l'on se trouve bien en présence d'un contrat relevant uniquement du droit fédéral, et soumis, dès lors, quant à son interprétation, aux règles posées à l'article 16 C. O.

Considérant que Chaubert allègue que l'acte Dupraz serait simulé, en ce sens que de la commune intention des parties, le véritable débiteur de la rente viagère, constituée en faveur de Vermeil, serait non point Chaubert, comme l'indique la stipulation intervenue, mais bien un tiers, soit Jaquemot.

Que dans ces circonstances Chaubert doit être admis, conformément à l'art. 16 C. O., à prouver la simulation de l'acte.

Considérant que la simulation pouvant revêtir le caractère d'une dénomination inexacte de l'acte, d'une inversion

du rôle des parties, ou d'une intervention de tiers de complaisance, etc., qui aurait servi à déguiser la nature véritable de la convention, l'étendue du droit de preuve réservé par l'art. 16 ne saurait être limitée à tel de ces éléments de la simulation, plutôt qu'à un autre.

Q'en effet, la partie étant admise à entreprendre des preuves de nature à détruire l'économie entière du contrat, peut aussi être autorisée à établir des simulations moins importantes, dans l'intérieur du contrat, mais laissant subsister celui-ci comme tel.

Considérant que la simulation étant une question de fond, et non de forme, il est indifférent, au regard de l'application de l'art. 16 C. O., que l'acte contre lequel la preuve est dirigée soit sous seing privé ou constaté en la forme authentique.

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la partie Vermeil ne saurait utilement invoquer l'art. 975 C. c. vaudois, visant l'interdiction de la preuve et la simulation entre parties contractantes, puisqu'il s'agit de l'appréciation d'un acte relevant du droit fédéral exclusivement.

Que Vermeil ne saurait pas davantage se placer sur le terrain de l'art. 997 C. c. empêchant la preuve par témoins d'une convention supérieure à 800 fr. anciens, car celle-ci concernait Chaubert et Jaquemot.

Que ce dernier n'étant pas au procès, Vermeil n'aurait aucune vocation pour défendre ses intérêts et pour s'opposer à la preuve d'engagements pris par Jaquemot vis-à-vis du demandeur. (Journal des tribunaux XLIV p. 278 ss.)

---

87. *Eigentumsübergang an Mobilien. Besitzerwerb durch Stellvertretung. Art. 201 O. R.*

**Zürich.** Beschluss der Appellationskammer vom 11. Juli 1895 i. S Rocca c. Wirz.

St. verkaufte an die Gebrüder Wirz ein Haus, dessen als Wirtschaftslokal eingerichtetes Erdgeschoss er samt dem darin befindlichen Wirtschaftsmobiliar an einen Piassa vermietet hatte. Nach der Kauffertigung wurde dem St. ein Teil dieses Wirtschaftsmobiliars gepfändet, worauf die Hauskäufer Wirz dieses Mobiliar als Eigentum ansprachen, da es ihnen samt dem Haus verkauft worden sei, und sie dem Detentor derselben, d. h. dem Mieter Piassa, von dem Eigentumsübergang im Sinne des Art. 201 O. R. Anzeige gemacht haben.

In dem vom Pfandgläubiger eingeleiteten und auf Gutheissung seines Pfandrechtes und Verwerfung der Eigentums-

ansprache gerichteten Prozesse wurde festgestellt, dass der Mieter Piassa bei der Inventaraufnahme über dieses Mobiliar anwesend gewesen und dass ihm hiebei von einem Vertreter des Verkäufers eröffnet worden sei, die Gebrüder Wirz seien nunmehr Eigentümer des Hauses und des Mobiliars. Piassa seinerseits erklärte, man habe ihm nur gesagt, dass er von jetzt an den Gebr. Wirz zinsen müsse, vom Verkaufe des Mobiliars sei ihm keine Mitteilung gemacht worden; er habe nur nach allem, was er an den Verhandlungen beobachtet, geglaubt, dass dasselbe mitverkauft sei.

Der Einzelrichter wies die von dem Pfandgläubiger auf Verwerfung der Eigentumsansprache gerichtete Klage ab, schützte also die Ansprache. Die Appellationskammer dagegen hat unter Gutheissung der Klage die Eigentumsansprache verworfen.

Motive: Wenn der Einzelrichter den Beweis dafür, dass eine gültige Besitzesübergabe durch Stellvertretung stattgefunden habe, als erbracht betrachtet hat, so kann ihm darin nicht beigepflichtet werden. Das blosse Wissen des dritten Besitzers vom Eigentumswechsel genügt dazu nicht, sondern er muss nach dem klaren Wortlaute des Gesetzes förmlich beauftragt worden sein, fortan den Gewahrsam für den neuen Erwerber auszuüben, und er muss sich auch dieses Mandates bewusst sein und den Willen haben, dasselbe zu erfüllen. In dieser Beziehung stehen sich rechtlich die Fälle von Stellvertretung des neuen Erwerbers durch den Veräusserer und durch eine Drittperson vollkommen gleich; überall ist das Vorhandensein des gesetzlich erforderlichen Willens auf Seite des Stellvertreters zur Giltigkeit des Kaufgeschäftes notwendig. (Vgl. Arndts, Pandekten § 140; Windscheid, Pandekten I § 155; Ullmer, Präj. zu § 648 priv. G.-B. Nr. 935, 938, 2963 und 2964 Erw. 2.)

(Schweizer Blätter für hr. Entsch. XIV 1895 S. 221.)

---

88. *Louage d'ouvrage. Action en dommages-intérêts fondée sur le retard dans l'exécution de l'ouvrage. Art. 354, 122 ss. C. O.*

**Neuchâtel.** Jugement du Tribunal cantonal du 4 novembre 1895 d. l. c. Jaccard c. Wolff.

Jaccard avait pris l'engagement de livrer chaque semaine, à partir du 19 janvier, 36 cartons de plantages à Jacques Wolff fils. Il avait ainsi l'obligation de livrer le tout, soit 141 cartons en 4 semaines, du 19 janvier au 16 février 1895.

Le 17 février, il était en retard pour la livraison de 90 cartons qu'il n'a livrés que successivement en mars et jusqu'au 20 avril. Ces livraisons, quoique tardives, ont été acceptées par Wolff qui a vendu les montres à Sch. à Vienne, mais il lui a dû consentir sur ces montres un rabais de fr. 1. 50 par pièce sur le prix antérieurement convenu pour cause du retard, ce qui pour 288 montres faisait une somme de fr. 432, et c'est cette somme que Wolff réclame reconventionnellement à titre de dommages-intérêts. Le tribunal l'a débouté de sa demande reconventionnelle.

Motifs: Attendu que le contrat conclu entre J. et W. avait le caractère d'un louage d'ouvrage;

Que l'art. 354 C. O., en traitant de ce contrat, confère au maître, dans le cas de retard de l'entrepreneur, le droit de procéder contre celui-ci conformément aux articles 122 à 124 C. O.

Attendu que, suivant l'art. 123, le droit de Wolff, en qualité de maître au contrat, consistait à se départir du contrat et à demander en plus des dommages-intérêts en justifiant pour cela que l'entrepreneur était en faute, conformément à l'art. 124 C. O.

Que Wolff n'a pas fait usage de ce droit de se départir du contrat, puisqu'au contraire, il a accepté les livraisons tardives et revendu les montres à Vienne, d'où il suit que l'action en dommages-intérêts est irrecevable;

Attendu, en effet, que l'action en dommages-intérêts n'est accordée par l'art. 124 C. O. qu'à la partie qui se départ du contrat et comme conséquence de la résiliation du contrat (art. 122). (Rec. de Jugements du Trib. cant. IV p. 52 ss.)

---

89. *Bürgschaft. Befreiung des Bürgen durch unterlassene Geltendmachung eines Pachtretentionsrechtes seitens des Gläubigers? Art. 508 O. R.*

**Bern.** Urteil des Appell.- und Kass.-Hofes v. 2. März 1895 i. S. Frutigen c. Küpfer & Cons.

Die Beklagten sind Bürgen eines Gasthofpächters der Klägerin (Einwohnergemeinde Frutigen), die im Konkurse des Pächters für Pachtzinsausstände im Betrag von 1679 Fr. zu Verlust gekommen war. Als sie die Bürgen dafür belangte, hielten ihr diese entgegen, sie seien gemäss Art. 508 dadurch befreit worden, dass Klägerin zu ihrem Nachteil die ihr zustehenden Sicherheiten vermindert habe; sie habe nämlich das ihr zustehende Retentionsrecht für den Pachtzins

pro 1891 nicht vor Ende des Jahres 1892 zur Realisierung gebracht, wozu sie nach den Umständen verpflichtet gewesen wäre. Diese Einrede der Beklagten wurde aber verworfen.

Motive: Es ist schon sehr fraglich, ob das Retentionsrecht des Vermieters zu den Sicherheiten des Art. 508 O. R. gehöre, für deren Erhaltung der Gläubiger dem Bürgen gegenüber verantwortlich ist. Nach der Fassung und dem Zwecke der Bestimmung nämlich scheint dieselbe doch wohl nur solche Sicherheiten zu beschlagen, über die der Regel nach dem Gläubiger die Verfügung zusteht; nur auf solche passt der Ausdruck „vom Hauptschuldner nachträglich erlangte“ Sicherheiten, und wenn dem Gläubiger eine Verantwortlichkeit für die Verminderung derselben auferlegt wird, so ist die Voraussetzung die, dass die Verfügung darüber in seiner Hand liege, wofür auch auf die Parallele, dass er sich nicht „der vorhandenen Beweismittel entäussern“ soll, verwiesen werden kann. Unter diesen Begriff der Sicherheit passt nun aber das Retentionsrecht nicht. Abgesehen davon, ob es auch schon bevor es geltend gemacht worden ist (Art. 294 Abs. 3 O. R., Art. 283 B. G. über Sch. und K.) als gesetzliches Pfandrecht anzusehen und dem Faustpfandrechte gleichzustellen sei, oder ob es erst mit jenem Zeitpunkte die Wirkungen des letzteren auszuüben beginne, jedenfalls ist es von Rechtes wegen zeitlich beschränkt und ist seine Wirksamkeit insofern der Verfügung des Gläubigers entzogen, als durch blossen Zeitablauf die Forderung, für die es gegeben ist, sich verändert und das Retentionsrecht selbst sich verschiebt. Nach Ablauf eines Mietjahres tritt so jeweilen von selbst eine Veränderung der Verhältnisse, eine Verschiebung der Sicherheiten ein, und es ist deshalb kaum anzunehmen, dass auch hinsichtlich dieser dem Gläubiger gegenüber dem Bürgen die Verpflichtung des Art. 508 O. R. habe auferlegt werden wollen, zumal da der Bestand der Sicherheit auch noch in anderer Beziehung von Umständen abhängt, auf die dem Gläubiger nur eine beschränkte Einwirkung zusteht, nämlich von der Bezahlung oder Nichtbezahlung des Mietzinses durch den Schuldner.

Daraus folgt, dass wenn man auch das Retentionsrecht an sich zu den Sicherheiten des Art. 508 rechnen wollte, von einer Anwendung dieser Bestimmung in Fällen wie der vorliegende doch deshalb nicht die Rede sein kann, weil die Verminderung der Sicherheit in erster Linie nicht sowohl auf die Unterlassung des Gläubigers, sein Retentionsrecht rechtzeitig zu wahren, als vielmehr darauf zurückzuführen ist, dass der Schuldner nicht rechtzeitig gezahlt hat und in-

folge dessen durch Zeitablauf eine Verschiebung der Forderung, für die das Retentionsrecht gegeben war, eingetreten ist. Nun steht dem Gläubiger zwar auch die Möglichkeit zu, Schritte zu thun, um dieser Eventualität vorzubeugen, er kann nämlich auf dem Betreibungswege gegen den Schuldner vorgehen, um sich für seine Schuld zu decken, und auf diese Weise kann er jene Verschiebung verhindern. Allein in einer Verpflichtung, so vorzugehen, steht er dem Bürgen gegenüber gemäss Art. 503 O. R. nur, wenn dieser es verlangt. Ist darnach auch hier diese letztere Unterlassung der Gläubigerin die eigentliche Ursache für die Veränderung der Sicherheitsverhältnisse, und nicht ihre Unterlassung, das Retentionsrecht zu wahren, so könnte von einer Verantwortlichkeit derselben nur die Rede sein, wenn die Bürgen sie gemäss Art. 503 O. R. gemahnt hätten, was nicht einmal behauptet ist.

(Zeitschr. des Bern. Juristenvereins, XXXII [1896] S. 45 ff.)

---

**90.** *Pari. Somme déposée en mains-tierces comme futur enjeu. Renonciation d'un des déposants à tenir le pari. Action en restitution contre le dépositaire. Exception de jeu. Art. 512 ss. C. O.*

**Genève.** Jugement de la Cour de justice civile du 4 avril 1896 d. l. c. Baillard c. Coquoz.

J. Baillard avait convenu, le 1er octobre 1895, avec J. Roquet, un pari aux termes duquel chaque concurrent devait, le 3 octobre, à 3 heures après-midi, faire avec un cheval et un char la course d'Annemasse à Nangis et retour. L'enjeu du pari était une somme de 500 fr. que chacun devait déposer chez M. Coquoz et qui serait versée au premier arrivé. Le versement de la somme de 500 fr. en mains de Coquoz fut fait par les deux parieurs, mais le matin du 3 octobre Baillard déclara ne plus vouloir courir et fit défense à Coquoz de verser à Roquet les 500 fr. qu'il avait reçus de lui. Roquet n'en a pas moins persisté à remplir les conditions du pari, il a fait seul la course avec son char et son cheval et Coquoz lui a versé la somme déposée en ses mains par Baillard. Celui-ci a alors intenté contre Coquoz une instance en restitution de la somme versée. Coquoz a excipé des prescriptions des art. 512 ss. C. O. Le tribunal de 1re instance a admis cette exception et estimé qu'il s'agissait d'une action en restitution d'avances, faites sciemment en vue d'un pari. Baillard a interjeté appel en soutenant qu'il pouvait valablement se désister du contrat jusqu'au dernier moment et par suite toujours retirer son enjeu. La Cour a confirmé la sentence.

Motifs: Considérant qu'il est incontestable que le versement opéré par B. en mains de C. l'a été afin d'assurer le paiement de l'enjeu du pari conclu avec R.; qu'il s'agit donc bien là du paiement volontaire, fait en vue d'un pari, prévu à l'art. 514 C. O.

Considérant, d'autre part, qu'en recevant cette avance de B., C. a agi comme mandataire de R. qui l'avait chargé de toucher cette somme de B., de même que B. l'avait chargé de recevoir égale somme de R.; que dans ces circonstances, B. ne pouvait valablement donner des ordres ou des instructions à C. sur l'emploi de la somme par lui versée en main de celui-ci; C. la détenait en effet au nom de R. et non comme mandataire de B. et n'avait pas d'instructions à recevoir de ce dernier.

Considérant que, dans ces circonstances, la Cour doit décider que l'action intentée par B. est bien une action en répétition d'une avance faite volontairement en vue d'un pari, action qui ne peut être déclarée recevable en justice.

(La Semaine judiciaire XVIII [1896] p. 352 s.)

---

91. *Leibgeding. Beurteilung nach kantonalem Rechte auch hinsichtlich der Anwendung allgemeiner obligationenrechtlicher Grundsätze. Art. 523 O. R.*

**Luzern.** Urteil des Obergerichts vom 8. Februar 1895.

Dem Wortlaut des Art. 523 O. R. zufolge muss auf den vorliegenden Leibgedingsvertrag (Leib- und Gutvertrag) kantonales Recht zur Anwendung kommen. Es kann sich indess fragen, ob solche Verträge nur in beschränktem Mass, wie hinsichtlich der Form, dem kantonalen Rechte unterstellt seien, und im Übrigen das eidgenössische Recht Anwendung finde, oder ob im ganzen Umfange, so auch bezüglich der allgemeinen obligationenrechtlichen Bestimmungen, wie Irrtum, Betrug, Verzug u. s. w., kantonales Recht gelte. Diese Frage ist in letzterm Sinne zu entscheiden. Es darf dabei auf ein Urteil des Bundesgerichts vom 20. Juni 1884 i. S. Isenschmidt c. Hurni (A. S. X S. 250 ff.) verwiesen werden, wo in einer Streitsache über einen Verpfründungsvertrag erklärt ist, dass die Sache insoweit allerdings nach eidgenössischem Rechte zu beurteilen sei, ob das Urteil Bedeutung und Tragweite des Begriffs der persönlichen Handlungsfähigkeit im Sinne des Bundesgesetzes vom 22. Juni 1881 verkannt habe, dagegen im Übrigen für die Beurteilung der Streitsache nicht Bundesrecht, sondern kantonales Recht massgebend sei. Zu bemerken

ist indessen, dass in dem erwähnten Falle der Verpfründungsvertrag vor dem Inkrafttreten des O. R. abgeschlossen wurde und daher ohne weiteres das kantonale Recht zur Geltung kommen musste. Es könnte somit noch etwelcher Zweifel über die Tragweite dieses Präjudikates bestehen. Dasselbe ist jedoch offenbar dahin aufzufassen, dass für Verpfründungsverträge ausschliesslich das kantonale Recht und zwar im vollen Umfange gilt. Das ergiebt sich per analogiam aus der Anwendung des Art. 231 Abs. 1 O. R. Die daherige Bestimmung, dass für Kaufverträge über Liegenschaften das kantonale Recht gelte, ist vom Bundesgerichte dahin interpretiert worden, dass Liegenschaftskäufe sowohl bezüglich der speziellen Bestimmungen als auch hinsichtlich der Anwendung allgemeiner obligationenrechtlicher Grundsätze dem kantonalen und nicht dem eidgenössischen Rechte unterstellt seien (A. S. d. b.-g. Entsch. XIII S. 512 ff.). Nun liegt ein Grund nicht vor, den Art. 523 O. R., der keine Einschränkungen enthält, nicht in gleicher Weise zu interpretieren. Somit ist vorliegend die Frage, ob der Beklagte die Klägerin durch betrügerische Handlungen in Irrtum geführt und so zum Vertragsabschluss verleitet habe, lediglich an Hand des kantonalen Rechts zu beurteilen, nachdem die luzernische Gesetzgebung keineswegs etwa die allgemeinen Grundsätze des eidg. O. R. für diejenigen Rechtsgeschäfte, welche letzteres an und für sich dem kantonalen Rechte zuweist, zu Bestandteilen des kantonalen Rechts erklärt hat (vgl. Urt. des B.-Ger. v. 9. Sept. 1893 i. S. Volksbank in Luzern c. Stirnimann).

(Auszüge aus den Verhandlungen des Obergerichts 1895 S. 22 f.)

---

**92.** *Erlöschung eines bestrittenen Zahlungsbefehls. Art. 88 B.-G. betr. Schuldbetr. und Konkurs.*

**Luzern.** Entscheid der Justizkommission v. 28. März 1895.

Am 12. Dezember 1893 erwirkte Aloys P. einen Zahlungsbefehl auf Viktor B. für eine angebliche Entschädigungsforderung von Fr. 600 und Zins; der Betriebene schlug am 18. gl. M. Recht vor, worauf der Betreibende die Sache ruhen liess und nichts zur Feststellung der bestrittenen Forderung that. Anfangs Januar 1895 stellte Viktor B. beim Betreibungsamt das Gesuch um Ausstellung einer Bescheinigung, dass er nicht betrieben sei (Botenfreischeins), wurde aber hiemit unter Hinweis auf die noch pendente resp. unerledigte Betreibung vom 12. Dezember 1893 ablehnend beschieden. Auf Rekurs wies der Gerichtspräsident das Betreibungsamt an, dem Be-

gehren zu entsprechen. Die Justizkommission wies eine hiegegen gerichtete Beschwerde ab. Aus ihrer Motivierung entnehmen wir Folgendes:

Das Bundesgesetz enthält zwar keine Bestimmung darüber, ob ein Zahlungsbefehl, gegen den Rechtsvorschlag erhoben, ohne dass binnen Jahresfrist der dadurch provozierte Civilstreit angehoben oder Rechtsöffnung erteilt wurde, noch Gültigkeit habe. Allein aus den Art. 88, Abs. 2, 116, 121 u. s. w. muss geschlossen werden, dass eine angehobene Betreibung binnen bestimmten Fristen zum Abschlusse gebracht werden soll; es muss das auch für bestrittene Betreibungen gelten. Wenn nun auch nach Art. 78 Abs. 1 der Rechtsvorschlag die Einstellung der Betreibung bewirkt, so ist damit noch nicht gesagt, dass diese Einstellung unter allen Umständen die Erlöschung des Zahlungsbefehls hindere.

Gemäss Art. 88 Abs. 2 B.-G. erlischt das Recht zur Stellung des Pfändungsbegehrens mit Ablauf eines Jahres seit der Zustellung des Zahlungsbefehles, und es fällt dabei, sofern Rechtsvorschlag erhoben ist, die Zeit zwischen der Anhebung und der gerichtlichen Erledigung der Klage nicht in Berechnung. Daraus folgt nun aber, dass eben nur die Anhebung der Klage die durch den bestrittenen Zahlungsbefehl erworbenen Rechte nicht erlöschen lässt. Wenn der Gläubiger auf erfolgten Rechtsvorschlag keine rechtlichen Schritte thut, d. h. weder auf dem Wege der Rechtsöffnung noch auf dem ordentlichen Prozesswege nach Art. 79 B.-G. vorgeht, so kann e contrario aus Art. 88 Abs. 2. B.-Ges. gefolgert werden, dass die Frist eben abläuft und das Recht zur Fortsetzung der Betreibung mit Ablauf eines Jahres seit Anhebung des Rechtsvorschlags erlischt. (So auch Weber und Brüstlein, Kommentar, zu Art. 88 Note 2 und 3, und Heuberger, Kommentar, Note 4 zu Art. 88.)

(Verhandl. des Oberger. u. der Justizkomm. v. J. 1895, S. 66 ff.)

---

93. *Kompensation im Konkurse des Wechselausstellers durch den Indossanten, der den Wechsel nach Konkursausbruch eingelöst hat. Art. 213 B.-Ges. über Schuldbetr. und Konkurs.*

**Zürich.** Urteil der Appellationskammer des Obergerichts vom 28. April 1896 i. S. Ferdinand Fenner c. Konkursmasse August Fenner.

Am 3. Oktober 1894 stellte A. Fenner einen Eigenwechsel über 1000 Fr. zahlbar an die Ordre seines Bruders F. F. Ende Dezember 1894 aus. Der Remittent indossierte den Wechsel

an die Eidgenössische Bank. Am 14. Dezember 1894 wurde über A. F. der Konkurs eröffnet, und F. F. musste den Wechsel auf dem Regresswege einlösen, was Anfangs Januar 1895 geschah. Als die Konkursmasse des A. F. den F. F. auf Zahlung verschiedener geschuldeter Beträge belangte, verstellte F. F. die Wechselforderung zur Kompensation. Die erste Instanz liess letztere nicht zu, weil die Forderung und somit auch das Kompensationsrecht erst mit dem Moment der Einlösung, also nach Konkursausbruch, wirkend geworden sei. Die zweite Instanz schützte dagegen die Kompensationseinrede des Beklagten.

Motive: Es besteht zwischen den Parteien kein Streit darüber, dass dem Wechsel ein wirkliches Schuldverhältnis nicht zu Grunde liegt, dass der Beklagte seine Unterschrift als Indossant nur aus Gefälligkeit auf die Urkunde gesetzt hat, um dem Kridar die Möglichkeit zu verschaffen, Geld zu erheben, dass dieser thatsächlich den Wechsel bei der Eidg. Bank diskontiert hat und ihm der Betrag zugekommen ist. Nun hängt der Entscheid darüber, ob der Beklagte die ihm aus diesem Verhältnisse zustehende Regressforderung den eingeklagten Ansprüchen der Masse gegenüber zur Kompensation verstellen könne, lediglich davon ab, ob die Regressforderung erst durch die nach der Konkurseröffnung erfolgte Einlösung des Wechsels oder schon durch die frühere Begebung desselben als entstanden zu betrachten sei. Diese Frage ist in letzterem Sinne zu entscheiden. Durch die Begebung des Wechsels an die Eidg. Bank hat sich der Beklagte der Forderung nicht vollständig entäussert, es stand ihm vielmehr immer ein bedingter Anspruch zu, der nicht erst mit dem Zeitpunkt der Wiedereinlösung des Wechsels am 2. Januar 1895, sondern schon mit der Weiterbegebung und Diskontierung bei der Bank entstand. Lediglich die Geltendmachung des Anspruchs war gehemmt. Durch die Rückkehr des Wechsels zum Indossanten sind die thatsächlichen Verhältnisse eingetreten, von denen die Geltendmachung der Verpflichtung abhängt.

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch. XV [1896] S. 134 f.)

## A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

— —

94. *Art. 63 und 65 B.-Ges. betr. Organisation der Bundesrechtspflege. Art. 273 B.-Ges. betr. Schuldbetreibung und Konkurs. Art. 55 O. R. 1. Unzulässigkeit der Berufung ans Bundesgericht gegen Urteile über Rechtmässigkeit eines Arrestes. 2. Zulässigkeit der Berufung gegen Urteile über Entschädigungsansprüche wegen unrechtmässigen Arrestes. 3. Anwendbarkeit des Art. 55 O. R. in solchen Fällen.*

1. Le Tribunal fédéral est incompétent à se nantir du recours en tant que celui-ci est dirigé contre la partie des arrêts attaqués qui a déclaré bien fondée l'action de S. en contestation du *cas de séquestre*. Ainsi que cela a déjà été jugé, les questions de cette nature ne sont pas susceptibles d'être portées devant le Tribunal fédéral par voie de recours en réforme. A teneur de l'art. 279 L. P., les procès en contestation de séquestre s'instruisent en la forme accélérée. Or, les art. 63 n° 4 et 65 al. 2 de l'organisation judiciaire fédérale renferment des dispositions spéciales concernant la procédure à suivre dans les causes qui, d'après les art. 148, 250 et 284 L. P., doivent s'instruire dans la forme accélérée. Par ces dispositions le législateur a entendu régler d'une manière générale le recours au Tribunal fédéral dans toutes les causes qui, d'après la loi sur la poursuite, s'instruisent en la forme accélérée. Dès lors s'il n'a parlé que des cas prévus aux art. 148, 250 et 284, c'est qu'il a entendu exclure le droit de recours dans les autres, notamment dans celui prévu à l'art. 279 L.P. (Comp. Rec. off. XIX, page 758; arrêt en la cause Danneberg et Schaper du 25 janvier 1895; id. en la cause Schröder c. Demôle, du 27 juin 1896.)

2. Au fond la nullité du séquestre une fois admise, l'action en dommages-intérêts doit être considérée comme fondée en principe en vertu de l'art. 273 L. P.

On peut, il est vrai, se demander si, tout en étant incompétent à entrer en matière sur le recours en tant qu'il vise à faire reconnaître le séquestre comme valable, le Tribunal fédéral n'est pas cependant autorisé à examiner la ques-

tion de nullité du séquestre en tant que cette nullité est invoquée comme base de l'action en dommages-intérêts. Mais la réponse doit être négative. On ne saurait en effet admettre qu'en même temps qu'il constituait les autorités judiciaires cantonales juge exclusif en matière de validité de séquestre, le législateur ait voulu autoriser le Tribunal fédéral à infirmer indirectement leurs décisions en lui permettant d'examiner de nouveau la même question à propos de la demande de réparation du dommage occasionné par le séquestre, ouvrant ainsi la porte à la possibilité de deux jugements définitifs et contradictoires. Il faut au contraire admettre que le législateur a entendu à cet égard placer le Tribunal fédéral dans la même situation que celle où il se trouve lorsqu'une question régie par le droit cantonal est préjudicielle à une autre tombant dans sa compétence. Dans ces cas le Tribunal fédéral a toujours reconnu qu'il est lié par la décision des tribunaux cantonaux sur la question préjudicielle.

3. L'art. 55 C. O. n'est applicable qu'aux obligations *ex delicto* et non aux obligations *ex lege* au nombre desquelles appartient incontestablement celle qui découle de l'art. 273 L. P. Sans doute il se peut qu'en fait le créancier qui a obtenu un séquestre soit responsable non seulement en vertu de cette disposition, mais aussi en vertu des art. 50 et suivants C. O. s'il est établi qu'il y a eu de sa part faute ou dol. L'obligation *ex delicto* venant s'ajouter à l'obligation *ex lege*, l'art. 55 pourrait alors trouver son application. (Entsch. v. 11. Juli 1896 i. S. Favre c. Santavicca.)

---

95. *Art. 1, 229 O. R. 1. Wesentliche Punkte des Kaufvertrages. Behauptungs- und Beweispflicht des Verkäufers. 2. Bedeutung eines Bestätigungsbriefes.*

1. Der klagende Verkäufer hat das zur Begründung seines Anspruches notwendige Klagefundament, soweit dieses bestritten ist, zu beweisen, d.h. er hat die essentialia des Kaufes, die Vereinbarung einer bestimmten Ware und eines bestimmten Kaufpreises zu behaupten, und im Bestreitungsfalle zu beweisen (s. Staub, Kommentar zum deutschen H.-G.-B. Art. 340 § 6). Der Verkäufer hat nun den Kaufgegenstand durch die Angabe des Genus, Azima-Weizen, hinreichend bestimmt bezeichnet und damit seiner Behauptungspflicht genügt. Ginge die Bestreitung des Beklagten dahin, dass er nicht dieses Genus, sondern eine Ware ganz anderer Gattung gekauft

habe, so würde allerdings eine Bestreitung des Klagegrundes, eine negative Litiskontestation vorliegen, und der Kläger hätte hienach seine Behauptung zu beweisen. Allein der Beklagte giebt zu, dass das vom Kläger bezeichnete Genus Gegenstand des Kaufes bilde, erhebt dagegen die Einrede, dass besondere Eigenschaften der Ware zugesichert worden seien. Diese Einrede stellt sich aber als selbständige Schutzbehauptung dar, für welche der Beklagte, der daraus für sich Rechte ableitet, beweispflichtig ist.

2. Kläger hat sich für seine Behauptung, dass die Annahme eines Kaufs nach Muster ausgeschlossen sei, hauptsächlich auf seine Bestätigungsbriefe gestützt, worin er die den Kaufgegenstand bildende Ware einfach als Azima Azow type No. 875/1270 bezw. No. 1270 bezeichnete, ohne Konformität mit einem übergebenen Muster zu garantieren. Wären diese Schreiben das einzige Beweismittel für den Inhalt des Vertrages, so müsste der Beklagte allerdings als beweisfällig betrachtet werden; denn derselbe muss diese Briefe gegen sich gelten lassen, indem er dadurch, dass er keine Einwendungen dagegen erhob, implicite sein Einverständnis bekundete. Diese Bestätigungsschreiben sind nun aber nicht Vertragsurkunden, sondern sie bilden blosse Indizien für die Interpretation des Vertragswillens, deren Schlüssigkeit durch den Gegenbeweis gehoben werden kann. (Entsch. v. 18. Juli 1896 i. S. Hübscher c. Schaller.)

---

**96.** *Art. 17 und 231 O. R. Konkurrenzverbot in Verbindung mit einem Liegenschaftskauf; Entschädigungsanspruch wegen Widerhandlung gegen dasselbe; anwendbares Recht; Erlaubtheit eines solchen Verbotes.*

Die Abrede des Konkurrenzverbotes bildet zwar äusserlich einen Bestandteil des zwischen den Parteien abgeschlossenen Liegenschaftskaufvertrages.[1] Durch dieselbe sollte aber nicht etwa eine dingliche Last auf dem Neubau des Beklagten begründet werden, die Parteien haben ja ihren entgegengesetzten Willen ausdrücklich kund gegeben. Ueberhaupt richtete sich das Verbot im Grunde gegen die Ausübung oder Duldung einer

---

[1]) St. hatte sich beim Verkauf eines Hauses verpflichtet, in seinem, in der Nähe befindlichen Neubau kein Konkurrenzgeschäft zu errichten, oder zu diesem Zwecke zu vermieten. Dabei ist bemerkt, diese Bestimmung sei nicht dinglicher Natur.

bestimmten wirtschaftlichen Thätigkeit des Beklagten, und durch die Beziehung auf eine bestimmte Liegenschaft wurde dasselbe lediglich örtlich beschränkt. Es enthält also in der That eine obligatorische Verpflichtung des Beklagten, deren Verbindlichkeit und Wirkungen nach den Vorschriften des eidgenössischen Obligationenrechts zu beurteilen sind. Freilich steht und fällt die Verpflichtung mit dem erwähnten Liegenschaftskaufvertrage, und wenn der letztere von dem kantonalen Gerichte als ungültig erklärt worden wäre, so könnte es sich fragen, ob die Gültigkeit und Tragweite der Nebenabrede selbständig dem Bundesgerichte zur Beurteilung hätte vorgelegt werden können. Allein die Vorinstanz hat das auf Invalidierung des Liegenschaftskaufvertrages gerichtete Widerklagsbegehren des Beklagten abgewiesen; es steht daher einzig noch die eidgenössischen Rechtsnormen unterstellte Verpflichtung des Beklagten in Frage, in seinem Neubau ein Konkurrenzgeschäft des Klägers nicht selbst zu betreiben oder durch einen Mieter zu dulden.

Die Verbindlichkeit der Verpflichtung im allgemeinen ist vom Beklagten nicht bestritten worden. Sie ist auch derart örtlich und zeitlich beschränkt, dass die darin liegende Behinderung in der freien Entfaltung wirtschaftlicher Thätigkeit durch den Beklagten nicht als gegen Recht oder Sitte verstossend bezeichnet werden könnte. (Entsch. v. 5. Juni 1896 i. S. Sterchi c. Sturzenegger.)

---

97. *Art. 18, 24, 50 ff., 69 u. 155, 70 u. 73 O. R. 1. Oertliche Anwendung des Rechts auf Deliktsobligationen, insbesondere auf die Haftung Dritter. 2. Anfechtung eines Gesellschaftsvertrages wegen Irrtums und Betrugs; Voraussetzung und Wirkung. 3. Verjährung der Klage auf Schadenersatz aus einer strafbaren Handlung eines Angestellten gegen den Geschäftsherrn. 4. Haftung wegen ungerechtfertigter Bereicherung aus einem Delikt.*

1. In konstanter Praxis hat das Bundesgericht an dem Grundsatze festgehalten, dass die Wirkungen eines obligatorischen Rechtsgeschäfts, die nicht von Rechtssätzen zwingender Natur beherrscht werden, sondern der Parteidisposition unterworfen sind, nach demjenigen Landesrechte zu beurteilen seien, welches die Parteien beim Geschäftsabschluss hiefür als massgebend erachtet haben, oder der Natur der Sache nach redlicher und vernünftiger Weise als massgebend haben erachten müssen. Nun sind die Vorschriften des eidgenös-

sischen Obligationenrechts über die Unwirksamkeit der Verträge wegen Vorhandensein von Willensmängeln nicht zwingender Natur, so dass es den Parteien freisteht, das hiefür massgebende Recht zu bestimmen.

2. Eine Klage auf Ungültigerklärung eines Gesellschaftsvertrages wegen Irrtums kann nicht gegen einen einzelnen Gesellschafter allein, sondern nur gegen sämtliche Gesellschafter erhoben werden; auch geht die Klage auf Ungültigerklärung eines Vertrages wegen Irrtums nicht auf Schadenersatz, sondern auf Aufhebung des Geschäfts mit allen seinen rechtlichen Folgen, und auf Zurückgabe des Geleisteten seitens desjenigen, welcher die Leistung empfangen hat.

3. Dagegen ist beim Willensmangel des Betruges der Verletzte nicht auf jene Rechte beschränkt, sondern es steht ihm auch ein Recht auf Schadenersatz gegen die Urheber der Täuschung zu, welches Recht geltend gemacht werden kann, sowohl, wenn der Getäuschte das Anfechtungsrecht verwirkt und damit den Vertrag genehmigt hat, als wenn der Vertrag im allseitigen Einverständnis aufgehoben worden ist, sofern der Anspruch auf Rückgabe des Geleisteten sich als unzulänglich erweist und nicht etwa bei Aufhebung des Vertrages auf die Schadenersatzforderung verzichtet worden ist.

4. Bezüglich der Deliktsobligationen geht in Doktrin und Praxis die vorherrschende Ansicht dahin, dass dieselben nach dem am Orte der That geltenden Rechte zu beurteilen seien. Im vorliegenden Falle kommt nun aber in Betracht, dass die Klage ausschliesslich gegen eine Aktiengesellschaft gerichtet ist, welche für die Folgen des von ihrem Direktor in dieser Eigenschaft angeblich verübten Delikts verantwortlich gemacht wird. Bezüglich der Haftung für Schädigungen Dritter, insbesondere derjenigen des Geschäftsherrn für Schädigungen, welche seine Angestellten bei Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben, ist nun allerdings die Ansicht auch vertreten, dass dieselbe sich nach dem am Thatorte geltenden Rechte richte; allein es kann dieser Anschauung nicht beigetreten werden, sondern es ist anzunehmen, dass das am Wohnsitze des in Anspruch genommenen Geschäftsherrn geltende Recht zur Anwendung kommen müsse. Das Wohnsitzrecht verdient in solchen Fällen, wo jemand aus seiner Haftung für fremdes Thun oder Unterlassen in Anspruch genommen wird, den Vorzug, weil es sich hier um Verhältnisse handelt, welche naturgemäss ein jeder nach den Gepflogenheiten seines Wohnsitzes gestaltet (s. Neumann, internat. Privatrecht S. 92, vrgl. auch v. Bar,

Theorie und Praxis des internat. Priv. R. Bd. II, S. 122, und Lehrbuch des internat. Priv. und Strafrechts S. 126). Bei juristischen Personen, auf welche dieser Grundsatz ebenfalls Anwendung finden muss, kommt das Recht des Ortes zur Anwendung, an welchem sie ihren Sitz haben.

5. Wie das Bundesgericht in Sachen Perrin c. Biolley (Amtl. Sammlg der bundesger. Entsch, Bd. XII, S. 373, E. 2) ausgesprochen hat, kann der Betrug im Sinne des Art. 24 O. R. ebenso gut darin bestehen, dass jemand absichtlich in Irrtum versetzt wird, als auch darin, dass der Irrtum eines andern zum eigenen Vorteil ausgebeutet wird; wesentlich ist, dass eine Täuschung über eine Thatsache vorliegt, sei es durch die Erregung oder durch die Unterhaltung eines Irrtums, wobei als Unterhaltung nicht nur die Bestärkung desselben, sondern auch die Verhinderung seines Aufhörens in Betracht kommt; und zwar kann dies auch durch Unterlassung geschehen. Ferner gehört zum Betruge die vorsätzliche Beschädigung und die gewinnsüchtige Absicht, sowie, dass der Getäuschte durch die Täuschung zu einem ihn selbst oder einen Dritten schädigenden Verhalten bestimmt wird, dass die Beschädigung wirklich eingetreten ist, und in einer Wechselwirkung zu dem vom Betrüger erstrebten Vorteile steht.

6. Art. 69 Abs. 2 O. R. sagt allerdings allgemein, wenn die Klage aus einer strafbaren Handlung hergeleitet werde, für welche das Strafrecht eine längere als die einjährige Verjährung vorschreibe, so gelte jene auch für den Zivilanspruch. Allein diese Bestimmung kann doch nur auf die Verjährung des Zivilanspruchs gegen den Urheber oder Teilnehmer an einer strafbaren Handlung selbst bezogen werden, und nicht auf die Verjährung dieses Anspruchs gegen Dritte, welche gemäss Art. 61 und 62 O. R., sei es als Familienhaupt, sei es als Geschäftsherr, für den durch die strafbare Handlung eines Familiengliedes oder Angestellten verursachten Schaden haften. Denn entscheidend muss sein, ob diejenige physische oder juristische Person, welche für ausserkontraktlichen Schaden belangt wird, auch strafrechtlich verantwortlich sei. Eine Aktiengesellschaft kann nun ihrem Wesen nach nicht bestraft werden, vielmehr treffen die strafrechtlichen Folgen nur diejenigen Personen, welche für sie handeln, und es wird überhaupt ihre Verantwortlichkeit nicht aus einer strafbaren Handlung, sondern daraus hergeleitet, dass sie zu dem Urheber oder Teilnehmer einer strafbaren Handlung in dem besonderen Verhältnisse des Geschäftsherrn stehen. Auch

daraus, dass Geschäftsherr und der Urheber einer strafbaren Handlung solidarisch für den Schaden haften, folgt nicht, dass die Verjährungsfrist gegen beide die gleiche sein müsse. Dem Geschäftsherrn kommt daher, soweit es sich um die Schadenersatzklage handelt, die einjährige Verjährung des Art. 69 O. R. zu statten.

7. Allerdings wirkt nach Art. 155 O. R. die Unterbrechung der Verjährung gegen einen Solidarschuldner auch gegen die übrigen Mitschuldner, und es muss diese Bestimmung auch angewendet werden, wenn die Verjährungsfristen gegen die mehreren Mitschuldner verschiedene sind, so lange die Verjährung nicht gegen einzelne abgelaufen ist. Allein die Verjährung wird nur durch die Einklagung des betreffenden Zivilanspruchs auf dem Zivilwege unterbrochen, und nicht schon durch die Anhebung einer Strafklage, wenn das betreffende Strafprozessrecht den Adhäsionsprozess nicht kennt.

8. Bei der Frage, wann dem Beschädigten die Person des Thäters bekannt geworden sei, wird, zumal bei der ausserordentlich kurzen Verjährungsfrist von einem Jahr davon ausgegangen werden müssen, dass die Verjährung erst mit dem Tage beginnt, an welchem der Geschädigte dessen Person derart kennt, dass er gegen sie oder den für den Schaden verantwortlichen Dritten gerichtlich vorgehen kann, bezw. wo der Geschädigte im Besitze derjenigen Beweismittel ist, welche ein solches Vorgehen als möglich, d. h. als Erfolg versprechend erscheinen lassen. Blosser Verdacht, ohne dass der Geschädigte auch in der Lage ist, den Beweis für die Thäterschaft zu leisten, genügt nicht, um die Verjährungsfrist beginnen zu lassen.

9. Für den Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung beträgt die Verjährungsfrist 10 Jahre. Nach Art. 70 O. R. ist zur Rückerstattung verpflichtet, wer ohne rechtmässigen Grund aus dem Vermögen eines andern bereichert wurde. Zu den unrechtmässigen Gründen im Sinne des Art. 70 cit. gehören nun unzweifelhaft, wie im gemeinen Rechte, die Delikte, und es ist daher der Geschäftsherr verpflichtet, das, was durch das Delikt seines Direktors in sein Vermögen gekommen ist, herauszugeben. Zu dem nach Art. 73 Abs. 2 O. R. zu erstattenden vollen Ersatz gehört auch der Zins von der unrechtmässig erhaltenen und daher zurückzuerstattenden Summe. (Entsch. v. 10. April 1896 i. S. Wittmann c. Fabriken Landquart.)

---

98. *Art. 24, 28 u. 229 O. R. 1. Kauf eines Handelsgeschäfts; 2. Anfechtung wegen Betrugs des Verkäufers über den Umfang der Kundschaft; 3. Genehmigung des Vertrags, Beweislast.*

1. L'élément essentiel, inséparable, sans lequel la vente d'un commerce ne saurait exister, est précisément l'achalandage ou la clientèle. Par le seul fait que les parties déclaraient que l'objet de la vente était un commerce, l'achalandage et la clientèle y étaient donc compris, sans qu'il fût besoin d'aucune mention expresse, comme accessoires inséparables de la dite vente et la circonstance que le contrat, en énumérant les biens corporels compris dans la vente, ne mentionne ni la clientèle ni l'achalandage, ne peut avoir pour effet de les exclure.

Au reste l'intention des parties de considérer l'achalandage comme compris dans la vente ne peut faire l'objet d'aucun doute. Si d'autres éléments de preuve faisaient défaut à cet égard, la disposition de l'art. 5 du contrat, interdisant à D. de s'intéresser dans un commerce similaire, suffirait pour l'établir, car cette disposition, qui figure dans presque tous les contrats de vente de fonds de commerce, a précisément pour but d'interdire au vendeur d'attirer de nouveau à lui, au préjudice de son acheteur, la clientèle du commerce vendue, clientèle qui, pour autant qu'elle est susceptible d'être vendue, est précisément comprise dans la vente. En acceptant cette interdiction, D. a donc formellement reconnu qu'il avait vendu, non point des objets mobiliers isolés, mais son commerce, dont la clientèle constituait un élément inséparable.

2. Conformément au prescrit de l'article 24 C. O., il faut pour que le contrat dont il s'agit apparaisse comme non obligatoire, établir, d'une part le dol du demandeur et, d'autre part, un rapport de causalité entre ce dol et la conclusion du contrat.

Sur le premier point, il est hors de doute que si les faits allégués et offerts en preuve par le recourant sont vrais, le dol du demandeur devrait être considéré comme établi, puisqu'il résulterait de ces faits que D. a trompé K., aussi bien en ce qui concerne l'existence de la clientèle, qu'en ce qui touche le chiffre des affaires indiqué. K. a en effet offert de prouver que l'importance de cette clientèle avait été considérablement et sciemment exagérée par D., et que D. a également fourni sur le chiffre de ses affaires, des renseignements absolument imaginaires et fantastiques; K. a affirmé en outre que, dans le courant des deux dernières années, D. ne s'occupait plus du tout d'affaires commerciales sérieuses.

Or, il va de soi que si ces allégués sont conformes à la vérité, la manière d'agir de D. aurait été déloyale et dolosive au premier chef, puisqu'il aurait sciemment induit le recourant en erreur sur deux éléments de nature à déterminer son adhésion au contrat.

3. La preuve que le contrat a été ratifié dans le sens de l'art. 28 C. O. incombe à la partie qui l'invoque en vue de soutenir que le contrat, non obligatoire à l'origine, l'est devenu dans la suite. (Entsch. v. 4. Juli 1896 i. S. Keller c. Dumont.)

---

**99.** *Art. 50 O. R. 1. Unredliche Konkurrenz durch Nachahmung der Warenausstattung eines Gewerbetreibenden, seiner Prospekte und Reklamen. 2. Ist eine Klage aus Art. 50 zulässig wegen Nachahmung von Etiquetten, welche vor ihrer Eintragung ins Markenregister als Warenzeichen benutzt worden sind?*

1. Das Bundesgesetz betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken schützt nur das Warenzeichen. Manipulationen, die nicht in der rechtswidrigen Anfertigung oder Benutzung solcher, zum Anbringen auf der Ware oder deren Verpackung bestimmter oder verwendeter Zeichen bestehen, sondern auf anderm Wege zu einer Täuschung über den Ursprung der feilgebotenen Ware führen können, wie Aeusserungen in Prospekten und Reklamen, Angaben auf Ladenschildern, Plakaten u. drgl., enthalten, auch wenn sie rechtswidrig sind, keine Markenrechtsverletzung, wohl aber können sie, als Akte unredlicher Konkurrenz, nach Art. 50 u. ff. O. R. zum Schadenersatz verpflichten (s. bundesger. Entsch. Amtl. Samml. XIX, S. 232 Erw. 2). In die Kategorie der ausserhalb des Gebietes des Markenschutzgesetzes fallenden Machinationen gehören nun zunächst die Nachahmung der Form der klägerischen Seifenstücke, sowie die Nachahmung der klägerischen Plakate; denn hier handelt es sich nicht um Zeichen, die auf der Ware selbst oder deren Verpackung angebracht sind. Was die Reklamezettel anbetrifft, so haben die Kläger den einen derselben für ihre Seifen als Marke beim eidg. Amt für geistiges Eigentum eintragen lassen, und es muss angenommen werden, dass derselbe in der That zur Verpackung bestimmt worden sei. Bezüglich des andern Reklamezettels ist dagegen, soweit aus den Akten ersichtlich, eine Eintragung nicht erfolgt und auch nicht behauptet worden, dass derselbe zur Verpackung der Ware bestimmt oder verwendet worden sei, weshalb eine Nachahmung dieses

Zeddels, gemäss den vorstehenden Ausführungen, lediglich nach den Grundsätzen des allgemeinen Rechtes über Schadenersatz aus unerlaubten Handlungen zu beurteilen ist.

2. Von dem Momente an, wo die Kläger für die genannten Herkunftszeichen durch die Eintragung ins Markenregister den Markenschutz erworben haben, stand ihnen zur Verfolgung von Ansprüchen wegen Nachahmung dieser Herkunftszeichen ausschliesslich die Klage aus dem Spezialgesetz zu, und können Nachahmungen, die seither stattgefunden haben, mit der allgemeinen Klage wegen concurrence déloyale nicht erreicht werden. Es muss sich aber weiter fragen, ob nicht diese Klage hinsichtlich der genannten Herkunftszeichen überhaupt, ohne Rücksicht auf deren Eintragung ins Markenregister, schon deshalb ausgeschlossen sei, weil dieselben ihrer Natur nach sich als eintragsfähige, den Anspruch auf den speziellen Schutz des Bundesgesetzes betreffend Fabrik- und Handelsmarken begründende Zeichen darstellen. Die Frage ist vom Bundesgericht in seiner Entscheidung i. S. Guilbert Martin c. Ullmann & Cie insbesondere mit Rücksicht auf die Bestimmung des Art. 4 des zitierten Bundesgesetzes bejaht worden, und für diese Ansicht spricht in der That die allgemeine Fassung des Art. 4 des Bundesgesetzes, welcher sagt, eine Marke habe nur dann Anspruch auf gerichtlichen Schutz, wenn die in den Art. 12 und 15 ibid. vorgeschriebenen Förmlichkeiten der Hinterlegung und Eintragung erfüllt worden seien, sowie, im Zusammenhang hiemit, die Bestimmung des Art. 28 Abs. 3 ibid., wonach zivilrechtliche oder strafrechtliche Verfolgungen wegen solcher Handlungen, die vor der Eintragung der Marke stattgefunden haben, nicht angestrengt werden können. Allein es muss doch Bedenken erregen, dass sich bei der Interpretation, wonach die Worte „Anspruch auf gerichtlichen Schutz“ und „zivilrechtliche Verfolgungen“ in weitem Sinne genommen werden, ein solch unbefriedigendes Resultat ergäbe, wie es vom Gesetzgeber doch kaum gewollt sein konnte. Dieses Resultat bestände einmal darin, dass derjenige, welcher neben einem eingetragenen Warenzeichen auch noch eine Etiquette als Unterscheidungs- oder Herkunftsbezeichnung für seine Waren benutzt, gezwungen würde, auch die Etiquette als Marke eintragen zu lassen, wenn er nicht wegen der Eintragsfähigkeit der Etiquette überhaupt jedes Schutzes derselben verlustig gehen will, und sodann, dass eine Herkunfts- oder Unterscheidungsbezeichnung, welche nicht auf der Ware oder deren Verpackung, sondern nur auf Zirkularen, Geschäfts-

briefen, Reklamen u. drgl. gebraucht wird, hinsichtlich dieser Anwendung nach Art. 50 O. R. geschützt wäre, diesen Schutz aber sofort verlöre, sobald sie auch auf der Ware oder deren Verpackung angebracht, aber nicht ins Markenregister eingetragen wird. Berücksichtigt man aber, dass die Ausstattung der allgemeine Begriff ist, welcher den engern des Warenzeichens einschliesst (s. Seligsohn, Kommentar zum deutschen Gesetze betr. die Warenbezeichnungen, S. 151), die Fabrikmarke also nur eine Spezialität der Unterscheidungs- oder Herkunftsbezeichnungen ist, dass ferner der Zweck des Markenschutzgesetzes dahin geht, dieser Spezialität unter gewissen Voraussetzungen einen besonderen zivil- und strafrechtlichen Schutz zu gewähren, so ist der Interpretation der Vorzug zu geben, nach welcher unter dem „gerichtlichen Schutz," von welchem Art. 4 des Bundesgesetzes spricht, eben nur der spezielle Markenschutz zu verstehen ist, der ja auch inhaltlich vom gemeinen Recht in verschiedener Beziehung (z. B. hinsichtlich der Strafbestimmungen und der Verjährung) als ein erhöhter erscheint. Ist aber hievon auszugehen, so muss die Klage wegen unredlichen Wettbewerbs auch bezüglich derjenigen Herkunftsbezeichnungen, welche die Eigenschaft von Marken im Sinne des Bundesgesetzes besitzen, als statthaft bezeichnet werden, immerhin, wie bereits bemerkt, nur für den Zeitraum, während dessen der spezielle Markenschutz durch Eintrag ins Markenregister noch nicht erworben war.

3. Eine widerrechtliche Nachahmung liegt dann vor, wenn dieselbe geeignet ist, beim kaufenden Publikum eine Verwechslung herbeizuführen, dasselbe zu veranlassen, die Ware des Nachahmers für die von ihm gesuchte, ihm bekannte Ware des Konkurrenten zu nehmen. Hiebei kommt es, wie das Bundesgericht mehrfach ausgesprochen hat, nicht darauf an, ob bei einer Gegenüberstellung der beiden Zeichen, bezw. Darstellungen, Verschiedenheiten überhaupt gar nicht bemerkbar seien; denn eine derartige genaue Vergleichung pflegt vom kaufenden Publikum, speziell auch bei dem hier in Betracht kommenden Verkehrsartikel (Seife), nicht vorgenommen zu werden; sondern es muss sich lediglich fragen, ob die Gesamterscheinung, wie sie von dem durchschnittlich kaufenden Publikum erfasst und im Gedächtnis behalten wird, eine Verwechslung herbeizuführen geeignet sei. (Entsch. v. 19. Juni 1896 i. S. Lever c. Schuler & Cie.)

**100.** *Art. 50 O. R. 1. Haftung des Bundes aus Eingriffen in Privatrechte; massgebendes Recht. 2. Enthält die Schaffung eines faktischen Monopols einen solchen Eingriff? Begriff der Expropriation. 3. Recht auf freie Ausübung von Handel und Gewerbe.*

1. Die kantonale Gesetzgebung kann über die Haftpflicht des Staates nur für den betreffenden Kanton Geltung haben. Kein Kanton ist befugt, die Haftbarkeit eines andern Kantons oder des Bundes zu normieren. Ob die Eidgenossenschaft aus einem, die spezielle Haftung des Fiskus betreffenden Rechtsgrund entschädigungspflichtig sei, beurteilt sich vielmehr ausschliesslich nach eidgenössischem Recht.

2. Wie das Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung ausgesprochen hat, besteht nach dem eidg. Expropriationsrecht eine Schadenersatzpflicht des Exproprianten nur bei Eingriffen in eine fremde Rechtssphäre, d. h. nur hinsichtlich solchen Schadens, der durch die Enteignung von Privatrechten entsteht, während die Ersatzpflicht hinsichtlich anderweitigen, mit dem Entzug von Privatrechten nicht in kausalem Zusammenhang stehenden Schadens ausgeschlossen ist (Bundesger. Entsch. Bd. VI, S. 444 Erw. 4, VII, S. 526, und neuestens XX, S. 66 Erw. 5, XXI, S. 1031 Erw. 4). Wenn also die Kläger ihren Entschädigungsanspruch auf die Grundsätze des eidg. Expropriationsrechtes basieren, so genügt zur Herstellung des Klagfundaments der Nachweis, dass sie durch eine im öffentlichen Interesse erfolgte Massnahme des Bundes thatsächlich benachteiligt seien, nicht, sondern es ist dazu weiter erforderlich, dass sie in ihren Rechten beeinträchtigt werden.

3. Ein individuelles Recht der Kläger, gerichtet auf freie Ausübung ihres Handels und Gewerbes, und ungehinderte Benutzung des dazu offen stehenden Marktes ist in der That anzuerkennen. Allein dasselbe ist kein unbegrenztes, sondern es findet seine natürliche Beschränkung in dem gleichen Rechte jedes anderen. Wenn also ein Dritter, innerhalb der Schranken der allgemeinen Rechtsordnung, sich dem Absatzgebiete der Kläger ebenfalls zuwendet, und diese durch sein Angebot daraus verdrängt, so liegt hierin allein noch kein Eingriff in ihre Privatrechtssphäre; denn der Dritte handelt vollkommen innerhalb seines Rechtes, welches die Kläger auch ihrerseits anerkennen müssen. Ist daher die Herausgabe einer Schulwandkarte durch den Bund rechtlich nicht anders zu qualifizieren denn als die Ausübung einer solchen Konkurrenz, so liegt eine Rechtsverletzung gegenüber

den Klägern nicht vor.[1]) (Entsch. v. 8. Mai 1896 i. S. Meyer u. Keller c. Bund.)

---

**101.** *Art. 50, 55 u. 76 O. R. Schadenersatzklage wegen Verlöbnisbruch; inwiefern kann eine solche auf Art. 50 u. 55 O. R. gestützt werden?*

Frägt es sich, ob Beklagter sich gegenüber der Klägerin durch den Abbruch des Verlöbnisses einer unerlaubten Handlung im Sinne der Art. 50 und 55 O. R. schuldig gemacht habe, so ist ohne weiteres klar, dass nicht schon in der blossen Aufhebung eines Verlöbnisses an sich eine unerlaubte Handlung liegt. Ein Verlobter, welcher von dem Verlöbnis zurücktritt, verletzt, auch wenn er zu seinem Rücktritt genügenden Grund nicht hat, an sich kein allgemeines Rechtsgebot, sondern nur eine kontraktliche Pflicht. Zur unerlaubten, eine Schadenersatzpflicht nach Art. 50 und 55 O. R. nach sich ziehenden Handlung wird der Verlöbnisbruch erst dann, wenn durch den Rücktritt ein Rechtsgut des andern Teils verletzt wird, welches nicht bloss durch die gesetzlichen Bestimmungen über die Nichterfüllung von Verträgen, speziell des Verlöbnisvertrages, sondern durch ein Gebot der allgemeinen Rechtsordnung gegen widerrechtliche Angriffe geschützt ist. In Betracht kann in dieser Hinsicht kommen die Ehre und das Vermögen der Klägerin. Nach beiden Richtungen liegt jedoch in casu eine Rechtsverletzung nicht vor. Dass die Klägerin infolge des Rücktritts des Beklagten etwa in ihrer Geschlechtsehre kompromittiert worden sei, ist nicht behauptet worden, und daher nicht zu untersuchen, inwiefern ein geschlechtlicher Verkehr zwischen Verlobten die Braut bei Verlöbnisbruch nach Art 50 und 55 O. R. zu einer Entschädigungsforderung berechtigen könnte. Auch davon kann nicht gesprochen werden, dass die Klägerin durch die besondere Art und Weise, in welcher der Rücktritt erfolgte, in ihrem guten Rufe geschädigt worden sei. Ebensowenig kann etwa gesagt werden, dass der Beklagte von Anfang an die Klägerin über seine wahre Absicht getäuscht, oder doch längere Zeit hingehalten habe, nachdem er offenbar bereits nichts mehr habe von ihr wissen wollen, und sich daher des

---

[1]) Kläger hatten vom Bund Entschädigung verlangt, weil derselbe durch unentgeltliche Abgabe einer Schulwandkarte an die schweiz. Schulen in ihre Rechte eingreife. Die Klage wurde abgewiesen, weil ein solcher Eingriff nicht vorliege.

Betrugs gegenüber der Klägerin schuldig gemacht habe, in welchem Falle insbesondere die Art. 50 und 55 O. R. ihre Anwendung finden würden. (Entsch. v. 8. Mai 1896 i. S. Hüsser c. Husi.)

---

**102.** *Art. 55 O. R. Inwiefern berechtigt eine Ehrverletzung zu einer Entschädigungsklage aus dieser Gesetzesbestimmung? Bedeutung des Strafurteils für die Beurteilung der Zivilklage. Beweislast bei Ehrverletzungen.*

Es ist richtig, dass nicht jede, auch die geringste Ehrverletzung einen Anspruch gemäss Art. 55 O. R. erzeugt, dass vielmehr ein solcher Anspruch nur dann entsteht, wenn ein ernstlicher Eingriff in die persönlichen Verhältnisse des Verletzten vorliegt. Dagegen beruht es auf Irrtum, wenn behauptet wird, dass das Bundesgericht an die von der ersten Instanz vorgenommene Qualifikation der Handlungsweise der Beklagten gebunden sei. Wenn das Bezirksgericht dazu gekommen ist, die Beklagte der Ehrenkränkung schuldig zu erklären und sie in eine Busse zu verfällen, so hat es damit lediglich die vom Kläger erhobene Strafklage nach strafrechtlichen Gesichtspunkten beurteilt. Für die Beurteilung der daneben erhobenen zivilrechtlichen Klage auf Schadenersatz dagegen sind nur zivilrechtliche Normen massgebend. Für das Bundesgericht, das lediglich über den erhobenen Zivilanspruch zu urteilen berufen ist, kann es daher nicht massgebend sein, wie die erste Instanz die der Beklagten zur Last gelegten Thatsachen strafrechtlich gewürdigt hat. An sich ist ferner auch der Satz unrichtig, dass aus einer einfachen Ehrenkränkung niemals ein Anspruch gemäss Art. 55 O. R. entstehen könne. Es hängt vielmehr von allen in Betracht zu ziehenden Begleitumständen ab, ob darin eine ernstliche Verletzung der persönlichen Verhältnisse des Verletzten erblickt werden könne oder nicht. Ist somit frei zu prüfen, ob der Beklagten eine sie zu Schadenersatz verpflichtende unerlaubte Handlung zur Last falle, so steht zunächst fest, dass dieselbe über den Kläger eine Thatsache behauptet hat, durch welche dieser nicht nur einer verächtlichen, sondern geradezu einer strafbaren Handlung, des Betruges oder der Unterschlagung, geziehen wurde. Die Vorinstanz hat ferner angenommen, dass die Behauptung auf Unwahrheit beruhe. Damit sind aber die objektiven Merkmale einer rechtswidrigen Handlung gegeben. Und zwar ist die Behauptung einer solchen Thatsache geeignet, sowohl die ökonomische

Existenz einer Person, als auch deren persönliche Ehre, Rechtsgüter, die zivilrechtlich nach Art. 50 ff. O. R. gegen Eingriffe geschützt sind, zu beeinträchtigen. Um die Verantwortlichkeit der Beklagten zu begründen, muss aber weiter dargethan sein, dass ihr entweder böse Absicht oder ein fahrlässiges Verhalten zur Last falle. In dieser Beziehung ist der Vorinstanz darin beizupflichten, dass der Kläger nicht bewiesen hat, dass die Beklagte die unwahre Behauptung über den Kläger gegen besseres Wissen, d. h. im Bewusstsein ihrer Unwahrheit aufgestellt habe, dass die Beklagte aber auch ihrerseits den Beweis dafür, dass sie von der Wahrheit der Behauptung überzeugt gewesen sei, nicht geleistet hat. Es fällt ihr daher ein Verschulden insoweit zur Last, als sie mit Bewusstsein über den Kläger eine ehrenrührige Thatsache behauptet hat, welche nicht erweislich wahr war. Unter allen Umständen fällt der Beklagten eine grobe Leichtfertigkeit in ihrem Verhalten zur Last; denn ohne sichere thatsächliche Anhaltspunkte dürfen Beschuldigungen von der Tragweite und in der Form, wie sie dem Kläger gegenüber erhoben worden sind, auch in engerm Kreise und auch wenn gewisse Verdachtsmomente vorhanden sein mögen, nicht geäussert werden.[1]) (Entsch. v. 23. Mai 1896 i. S. Soler c. Spiess.)

---

**103.** *Art. 83 Abs. 2 und Art. 882 O. R. Sind kantonale Bestimmungen, welche beim Darlehen den Zinsenlauf auf die Höhe des Kapitals beschränken, mit Inkrafttreten des eidg. O. R. dahingefallen?*

Wenn Art. 83 Abs. 2 O. R. von Missbrauch im Zinswesen spricht, so ist damit, wie sich aus dem Zusammenhang mit Absatz 1 desselben Artikels und aus der ratio legis ergiebt, die Ausbeutung des Schuldners durch Stipulation übermässiger Zinsen und ähnliche wucherliche Geschäfte verstanden. Damit haben aber die kantonalrechtlichen Bestimmungen, welche den Zinsenbezug ultra alterum tantum verbieten, nichts zu schaffen. Diese knüpften an die dauernde Nachlässigkeit des Gläubigers im Interesse des Schuldners eine nachteilige Rechtsfolge für den erstern, sie qualifizierten sich nicht als eine Bestimmung

---

[1]) Beklagte hatte behauptet, Kläger habe für sie in der Lotterie gespielt und dabei 4000 Fr. gewonnen; er habe ihr aber nur 250 Fr. gegeben und sie um den Rest betrogen.

gegen die Missbräuche im Zinswesen, welche Art. 83 Abs. 2 O. R. im Auge hat.

Nach Art. 882 O. R. sind die rechtlichen Wirkungen von Thatsachen, welche vor den 1. Januar 1883 fallen, auch nach diesem Tage gemäss denjenigen Bestimmungen zu beurteilen, welche zur Zeit dieser Thatsachen gegolten haben, während die nach dem 1. Januar 1883 eintretenden Thatsachen nach dem genannten Bundesgesetz beurteilt werden. Entscheidend für die Anwendbarkeit des kantonalen oder des eidgenössischen Rechts ist daher, ob das Aufhören der Zinsberechtigung als Folge des Vertragsinhaltes, wie derselbe von Anfang an durch den Parteiwillen bestimmt wurde, erscheint, oder aber als Folge einer vom Vertragsinhalte unabhängigen Thatsache. Damit das kantonale Recht Anwendung finden könnte, müsste behauptet werden können, bei dem Darlehensvertrage sei von Anfang an der Zinsenlauf bis auf die Höhe des Kapitals beschränkt worden. Nun handelt es sich aber bei dem Erlöschen einer Zinsforderung wegen Verbots des Zinsenbezuges ultra alterum tantum nicht um eine Vertragswirkung, sondern um einen vom Willen der Parteien unabhängigen Erlöschungsgrund; denn es kann nicht gesagt werden, die fragliche Wirkung sei auf den wirklichen oder zu präsumierenden Vertragswillen zurückzuführen; solche Bestimmungen sind nicht dispositiven, sondern zwingenden Rechts und knüpfen ohne alle Rücksicht auf den Parteiwillen an den darin bezeichneten Thatbestand die Folge, dass das Recht, weitere Zinsen zu fordern, erlösche. (Entsch. v. 18. Juli 1896 i. S. AmRhyn c. Meyer.)

---

**104.** *Art. 122, 124 und 116 O. R. Rücktritt und Schadenersatzanspruch des Verkäufers bei Annahme- und Zahlungsverzug des Käufers; Selbsthülfeverkauf, Zeitpunkt desselben.*

Ist der Verkäufer durch die Annahmeverweigerung des Käufers verhindert, durch effektive Lieferung den Vertrag seinerseits zu erfüllen, und besteht er gleichwohl auf Erfüllung desselben, so hat er darzuthun, dass er seinerseits durch die ihm gesetzlich zustehende Surrogatleistung, als welche in concreto der Selbsthülfeverkauf erscheint, erfüllt habe. Die Vornahme dieser Surrogatleistung ist nun aber nicht unbedingt seinem freien Belieben anheimgegeben, vielmehr hat er hiebei, da es sich um die Erfüllung einer dem Käufer gegenüber eingegangenen Verbindlichkeit handelt, die Interessen desselben nach guter Verkehrssitte zu wahren. Der

Verkäufer darf daher jedenfalls dann, wenn es sich, wie hier, um eine Ware handelt, die erheblichen Kursschwankungen unterliegt, den die Empfangnahme verweigernden Käufer nicht im Ungewissen lassen, ob er auf der Erfüllung bestehen wolle, oder nicht, und mit dem Selbsthülfeverkauf bis zu einem beliebigen, ihm vorteilhaft scheinenden Zeitpunkt zuwarten. Wenn auch gesetzlich eine Frist zur Vorname des Selbsthülfeverkaufes nicht vorgeschrieben ist, so verbietet doch die bona fides im Verkehr, dass der Verkäufer sein vertragliches Recht dazu missbrauche, um auf unbestimmte Zeit auf Kosten des Käufers zu spekulieren.

Die Geltendmachung des Rücktrittsrechts, verbunden mit der Schadenersatzforderung wegen Nichterfüllung setzt, wenn es sich nicht um ein Fixgeschäft handelt, nach Art. 122 O. R. grundsätzlich voraus, dass der nicht säumige Teil dem säumigen vorerst eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung angesetzt und dieser die Frist nicht benützt habe. Wie jedoch das Bundesgericht wiederholt ausgesprochen hat, entfällt diese Pflicht in denjenigen Fällen, wo die Erfolglosigkeit der Fristansetzung von vornherein feststeht, und dies trifft in casu unzweifelhaft zu, indem es gegenüber der bestimmten Erklärung des Beklagten, nicht erfüllen zu wollen, als absolut ausgeschlossen erscheinen musste, dass er sich nachträglich doch zur Empfangnahme entschliessen werde, wenn ihm Klägerin hiezu eine angemessene Frist ansetze. Was sodann den nach Art. 124 O. R. der Klägerin obliegenden Beweis des Verschuldens des Beklagten anbelangt, so ist derselbe angesichts der rechtlich ungerechtfertigten Weigerung des Beklagten, den Vertrag zu erfüllen, ohne weiters als erbracht anzusehen. Ueber den Umfang des Schadenersatzes bestimmt Art. 116 O. R., dass der ersatzpflichtige Schuldner jedenfalls den Schaden zu ersetzen habe, der bei Eingehung des Vertrages als unmittelbare Folge der Nichterfüllung vorausgesehen werden konnte, wobei der Betrag des Schadens nach freiem richterlichen Ermessen unter Würdigung der Umstände festzusetzen ist. Danach besteht der Anspruch des Verkäufers jedenfalls in dem Ersatz der Differenz zwischen dem vereinbarten Kaufpreis und demjenigen Preise, den er zur Zeit der geschuldeten Abnahme durch den Weiterverkauf erlösen konnte, ferner in den vergeblichen Auslagen, welche dem Verkäufer infolge der Annahmeverweigerung voraussichtlich erwachsen mussten und wirklich erwachsen sind. Es ist also der entgangene Gewinn auf Grund derjenigen Preise zu berechnen, welche Klägerin zur Zeit der geschuldeten Em-

pfangnahme durch den Beklagten aus dem Weiterverkauf der zu liefernden Ware lösen konnte. (Entsch. v. 24. April 1896 i. S. Lavie c. Dütschler.)

**105.** *Art. 146 O. R. Verjährungs- oder Verwirkungsfrist? Folgen der Versäumung einer Verwirkungsfrist.*

Art. IX einer Unfallversicherungs-Police enthielt unter dem Titel „Verjährung" die Bestimmung: „Alle Ansprüche auf Entschädigung verjähren nach Ablauf eines Jahres vom Tage des Unfalles an. Die Gesellschaft kann demzufolge nach Ablauf dieser Frist zu keiner Entschädigung mehr angehalten werden, welches auch die Ursache sei, wodurch die rechtzeitige Einklagung verhindert wurde." In casu war streitig, ob der Anspruch des Versicherten wegen Nichtbeachtung dieser Bestimmung verwirkt sei. Hierüber hat sich das Bundesgericht folgendermassen ausgesprochen:

Frägt es sich, ob die Beklagte ihre Entschädigungspflicht auf Grund des Art. IX der Police ablehnen könne, so ist vor allem die juristische Natur dieser Vertragsklausel festzustellen. Nach ihrem Wortlaut scheint die Klausel die vertragliche Festsetzung einer Verjährungsfrist zu bezwecken; allein der Gebrauch des Wortes „Verjährung" kann allein für die rechtliche Beurteilung nicht entscheidend sein. Indem die Parteien vereinbart haben, dass die Ansprüche auf Entschädigung bei Verlust derselben innerhalb Jahresfrist vom Tage des Unfalls an geltend gemacht werden müssen, haben sie vielmehr das Recht des Versicherungsnehmers aus dem Vertrage von vornherein zeitlich begrenzt. Es wird schon bei der Begründung des Anspruchs des Versicherungsnehmers als demselben immanent erklärt, dass er dahinfallen solle, wenn er nicht innert eines Jahres nach dem Tage des Unfalls geltend gemacht werde. Danach handelt es sich nicht um die Festsetzung einer Verjährungsfrist, sondern um eine Verwirkungsklausel, d. h. um die Vereinbarung einer vertraglichen Voraussetzung der Entschädigungspflicht des Versicherers, bei deren Nichterfüllung die letztere dahinfallen solle. In Doktrin und Praxis werden denn auch allgemein derartige Bestimmungen nicht als Festsetzung einer vertragsmässigen Verjährungsfrist, sondern als Verwirkungsklauseln angesehen und behandelt (s. Amtl. Sammlg der bundesg. Entsch. Bd. XVI, S. 791; Ehrenberg, Vers. R., S. 495 und dort cit. Entsch.; Lewis, Vers. Recht, S. 275). Bildet aber die gedachte Obliegenheit des Versicherungsnehmers eine zum vornherein vereinbarte kontrakt-

liche Voraussetzung seines Anspruches, so unterliegen auch die Folgen der Nichterfüllung derselben nicht sowohl den Regeln über Klagverjährung, als vielmehr den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Versicherungsrechts über die Erfüllung vertraglicher Obliegenheiten der Kontrahenten, und es muss deshalb dem Versicherungsnehmer, welcher die zur Einklagung des Anspruchs festgesetzte Frist versäumt hat, der Beweis dafür gestattet bleiben, dass die Versäumung eine unverschuldete gewesen sei.[1]) (Entsch. v. 26. Juni 1896 i. S. Pümpin & Herzog c. Soleil.)

---

**106.** *Art. 210 ff. Verpfändung grundversicherter Forderungen; anwendbares Recht.*

La constitution de gage sur des créances hypothécaires n'est régie ni par l'art. 210 C. O. qui traite du droit de gage sur les meubles corporels ou sur les titres au porteur, ni par l'art. 215 ibid. qui parle du gage ayant pour objet d'autres créances. Elle reste régie par le droit cantonal, ainsi que le Tribunal fédéral l'a admis en principe dans son arrêt du 9 septembre 1893 en la cause Stirnimann c. Banque populaire de Lucerne (Rec. off. XIX, page 551 et suiv.). (Entsch. v. 20. Juli 1896 i. S. Wuillenin c. Fournier.)

---

**107.** *Art. 210 O. R. Verpfändung beweglicher Sachen; Begriff des Gewahrsams; Uebergabe der Schlüssel zu dem Schranke, in welchem sich die Pfänder befinden.*

Der Gewahrsam besteht in dem physischen Vermögen, über eine Sache mit Ausschliessung anderer zu verfügen; der Gewahrsam des Pfandgläubigers setzt also voraus, dass die Sache zu seiner Verfügung gebracht sei, seiner fortgesetzten Einwirkung unterliege (s. Hafner, Kommentar z. schweiz. Obl.-Recht, Art. 199, Anmerkg 4; Dernburg, Pandekten I, dritte Auflage, § 169). Der Verpfänder kann somit den Gewahrsam an der Pfandsache unzweifelhaft auch durch Einhändigung der Schlüssel zu dem Ort, wo die Pfandsache liegt, auf den Pfandgläubiger übertragen, sofern diesem wenigstens der Zutritt zu dem Orte gewährt und damit die Innehabung der darin befindlichen Sache ermöglicht wird. Nun war die Firma A. & R., trotz des Umstandes, dass der die

---

[1]) Dieser Beweis wurde dann aber als nicht geleistet erklärt. Vgl. auch Hafner, Ausg. des O.-R., 2. Aufl., Art. 146, Anm. 2.

Pfandsache enthaltende Schrank sich im Korridor ihres Geschäftslokals befand, nicht in der Lage, den Kläger an der Ausübung des Gewahrsams an dessen Inhalt zu hindern. Denn zu dem Korridor war dem Vertreter des Klägers zu dessen Handen ein Schlüssel behändigt worden, der, soviel aus den Akten ersichtlich, vor dem Ausbruch des Konkurses über die Firma A. & R. nicht zurückgegeben worden ist. Ebensowenig waren die Verpfänder in der Lage, dem Kläger etwa den Eintritt in das Haus zu verwehren, da sie nicht Eigentümer, sondern lediglich Mieter einzelner Räume desselben waren. Damit ist aber der Gewahrsam an der Pfandsache auf den Kläger, und zwar mit Ausschluss des Gewahrsams der Verpfänder, übergegangen. Denn dass etwa diese, weil sie die Geschäftslokalitäten und den in denselben befindlichen Schrank inne hatten, auch den Gewahrsam an dem Inhalte dieses letztern besessen hätten, kann nach den vorliegenden Umständen nicht angenommen werden. Dieser Schrank hätte seiner Beschaffenheit und Bestimmung gemäss nicht etwa beliebig disloziert werden können, sondern war, gemäss unwidersprochener Feststellung des erstinstanzlichen Richters, an der Mauer befestigt, deren ganze Höhe bis zur Decke er einnahm. Es handelte sich also um ein, in dauernde Verbindung mit dem Hause gebrachtes Behältnis und nicht um einen Gegenstand, dessen Innehabung zugleich auch die thatsächliche Herrschaft über seinen Inhalt giebt, so dass A. & R., indem sie sich der Schlüssel zu diesem Schrank entäusserten, in der That auch die Verfügungsgewalt über dessen Inhalt aufgegeben haben. (Entsch. v. 2. Mai 1896 i. S. Konkursmasse Asper & Rüegg c. Nägeli.)

---

**108.** *Art. 231 O. R. Verkaufsversprechen betreffend Liegenschaften.*

Den Gegenstand des Vorverkaufsversprechens, wegen dessen Nichterfüllung R. von A. Schadenersatz verlangt, bildet eine Liegenschaft, und dessen Inhalt besteht darin, dass A. dem R. unter einer gewissen Bedingung die kaufweise Uebertragung dieser Liegenschaft zusicherte. Es handelt sich also um eine, den Verkehr mit Liegenschaften betreffende Abrede, deren rechtliche Natur dadurch nicht verändert wird, dass sie sich bloss als Vorvertrag, und zwar als bedingter Vorvertrag darstellt. Demnach muss sich aber auch die Frage der rechtlichen Gültigkeit und der rechtlichen Wir-

kungen einer solchen Abrede nach dem gleichen Rechte beurteilen, das für die Verträge betreffend kaufweise Uebertragung von Liegenschaften überhaupt gilt, d. h. nach kantonalem Rechte (Art. 231 O. R.).[1]) Der Umstand, dass das Vorverkaufsversprechen im vorliegenden Falle in einem Mietvertrage abgegeben war, ändert hieran nichts. Da es sich auf das Mietsverhältnis überhaupt nicht bezieht, kann dasselbe nicht als blosse Nebenabrede zum Mietvertrag aufgefasst werden. sondern es kommt ihm nach Zweck und Inhalt eine selbständige rechtliche Bedeutung zu. (Entsch. v. 30. Mai 1896 i. S. Rapp c. Anner.)

---

**109.** *Art. 243 ff. Mangelhafte Ware oder Ware anderer Gattung?*

Die Frage, ob eine Ware ganz anderer Gattung, oder eine mit einem Qualitätsmangel behaftete Ware geliefert worden sei, ist nach objektiven, allgemeinen Kriterien zu beurteilen. Denn wenn bei dieser Frage von den objektiven Kriterien abgesehen und einfach auf die allgemeinen Verkehrsbegriffe oder die Zweckbestimmung der Ware abgestellt würde, so ergäbe sich hieraus eine so einschränkende Interpretation des Art. 243 O. R., die mit dem Sinn und Geiste dieser Bestimmung nicht in Einklang gebracht werden könnte und zu ganz bedenklichen praktischen Konsequenzen führen müsste (vergl. in diesem Sinne Amtl. Sammlg der bundesger. Entsch. XX, S. 976; Hafner, Kommentar zum Obligationenrecht, Note 3 zu Art. 243; Hanausek, die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware, I, S. 230 u. ff.; dagegen jedoch Gareis in Endemanns Handbuch des Handelsrechts II, S. 686 ff. und dort citierte Entscheidungen). Es kann daher z. B. die Einrede, dass die gelieferten Wicken die Eigenschaft, den Winter zu überdauern, nicht besitzen, und überhaupt nicht einmal mittleres Kaufmannsgut seien, lediglich als Beanstandung der Ware wegen Qualitätsmängel, und nicht als die Behauptung, dass ein aliud pro alio geliefert worden sei, aufgefasst werden. (Entsch. v. 13. Juni 1896 i. S. Renvoizé et fils c. Wiesmann u. Küng.)

---

[1]) Vgl. Hafner, Ausg. des O. R. 2. Aufl. Art 231 N. 1.

**110.** *Art. 246 O. R. Inhalt der Mängelanzeige.*

Art. 246 O. R. legt dem Käufer die Pflicht auf, die Beschaffenheit der empfangenen Sache, sobald dieses nach dem üblichen Geschäftsgange thunlich ist, zu prüfen, und, falls sich Mängel ergeben, für welche der Verkäufer Gewähr zu leisten hat, diesem sofort Anzeige zu machen. Versäumt dieses der Käufer, so gilt die gekaufte Sache als genehmigt, soweit es sich nicht um Mängel handelt, welche bei der übungsgemässen Untersuchung nicht erkennbar waren. Der Käufer, welcher die empfangene Ware beanstanden will, hat also bei Vermeidung der genannten Präklusion dem Verkäufer die Mängel, die sich bei der ordnungsmässigen Untersuchung ergeben haben, kund zu geben, und zwar gehört hiezu nicht bloss, dass angezeigt werde, dass die Ware mangelhaft sei, sondern auch worin sie mangelhaft sei; denn der Zweck, den die Mängelanzeige erfüllen soll, geht eben dahin, dem Verkäufer, dessen vertragliche Leistung beanstandet werden will, von dem Umfang und den Gründen der Beanstandung Kenntnis und damit eine Grundlage für seine Entschliessung zu geben, wie er sich gegenüber der Beanstandung verhalten wolle (s. Staub, Kommentar z. allg. dtsch. H.-G.-B. Art. 343 § 21). Ob dieser Zweck durch die Mängelanzeige erreicht werde, muss sich nach den jeweiligen Verhältnissen des konkreten Falles beurteilen, und es kann daher eine Mängelrüge in dem einen Fall als zu allgemein und daher ungenügend erscheinen, während eine gleiche oder ähnliche Fassung bei den besondern Verhältnissen eines andern Falles, z. B. namentlich angesichts der unter den Parteien vorher geführten Korrespondenz, ihren Zweck hinreichend erfüllt. In casu beschränkte sich nun die Mängelrüge des Beklagten auf die Angabe, dass die Maschinen nicht das klägerische System und die Ausführung erbärmlich sei, so dass Beklagter die Ware keinem Kunden zustellen dürfte. Dabei erklärte er selbst ausdrücklich, dass er all die Fehler und Mängel nicht aufzählen wolle, sondern es vorziehe, solche bei allfälliger Rücknahmeverweigerung durch Experten bestätigen zu lassen. Was zunächst diesen Hinweis auf die zu erhebende Expertise anbetrifft, so bemerkt die Vorinstanz mit Recht, dass derselbe den notwendigen Inhalt der Mängelrüge nicht ersetzen könnte; denn der Käufer hat die Beschaffenheit der empfangenen Sache so bald zu prüfen, als es nach dem üblichen Geschäftsgang thunlich ist; ist er dieser Obliegenheit, wie in concreto unbestrittenermassen feststeht, nachgekommen, und dadurch in

der Lage, die Mängelanzeige vorzunehmen, so hat diese sofort zu erfolgen und darf nicht unter Berufung auf eine nachträglich noch zu erhebende Expertise hinausgeschoben werden. Es kann daher bei der Beurteilung der Frage, ob die vorliegende Mängelrüge den gesetzlichen Erfordernissen entspreche, nur die Erklärung in Betracht fallen, dass die Maschine nicht das klägerische System und die Ausführung derart erbärmlich sei, dass die Ware den Kunden nicht zugestellt werden dürfe. Soweit es sich nun um die Beanstandung der Ware aus dem Grunde, weil die gelieferten Maschinen nicht klägerisches System seien, handelt, so sind die Rechte des Beklagten durch die Anzeige jedenfalls gewahrt; denn diesen angeblichen Mangel hat Beklagter in der genannten Anzeige gewiss genügend bezeichnet, so dass die Klägerin über diesen Grund der Beanstandung nicht im Zweifel sein konnte. Genügend erscheint aber auch die Mängelrüge hinsichtlich der Ausführung. Wenn sich auch der Beklagte einer näheren Angabe darüber, worin die mangelhafte Ausführung zu Tage trete, enthalten hat, so liegt in der Erklärung, dass die Sache in der Ausführung mangelhaft sei, bereits eine Substanziierung der Mängelrüge; denn damit wird die Sache nicht bloss allgemein als schlecht oder vertragswidrig bezeichnet, sondern es wird eine spezielle Eigenschaft hervorgehoben, hinsichtlich derer sie als mangelhaft erscheine. Die Klägerin erfuhr durch die Mängelanzeige, dass sich die Beanstandung nicht auf das Material, oder etwa auf Konstruktionsfehler gründe, sondern auf die Art der Ausführung, und bezüglich dieser wiederum, dass sie im Ganzen schlecht sei, und zwar so schlecht, dass Beklagter sie seinen Kunden nicht offerieren dürfe. Eine förmliche Beschreibung der Mängel zu geben war Beklagter nicht verpflichtet; eine solche wäre auch in vielen Fällen dem technisch nicht kompetenten Käufer geradezu unmöglich, was freilich im vorliegenden Falle nicht zutrifft. Aber die Aufzählung aller einzelnen Mängel wäre eine so grosse umfangreiche Arbeit gewesen, wie sie für die Erstattung einer blossen Mängelanzeige nicht zuzumuten ist. Beklagter genügte seiner Anzeigepflicht, wenn er die Mangelhaftigkeit so bezeichnete, dass der Käufer daraus ersah, um was für eine Kategorie von Mängeln es sich handle. Nun konnte aber seine auf die Ausführung bezügliche Erklärung, zumal im Zusammenhang mit dem Umstande, dass auf bestimmte Prospekte und darin enthaltene Zeichnungen hin bestellt worden war, die Klägerin nicht im Zweifel darüber lassen, dass die zahl-

reichen Bestandteile der Maschine, Räder, Scheiben, Zähne, Kurbel u. s. w. nicht mit der wünschbaren Genauigkeit gefügt und bearbeitet seien. Klägerin hat denn auch in der That den Sinn der Rüge vollkommen erkannt; in ihrer Antwort, worin sie betont, dass die Maschine genau der Offerte und den Prospekten entspreche, hat sie in keiner Weise auch nur angedeutet, dass die Rüge ihr unklar, der Gegenstand derselben nicht erkennbar sei, sondern ist sofort und ohne irgend einen Vorbehalt auf die Eigenschaften der Ware eingetreten, mit der Versicherung, dass diese solid gearbeitet sei und der Offerte wie den Prospekten entspreche. Ferner hat sie dem Beklagten auf seine Rüge hin nicht nur einjährige Garantie, sondern auch einen Nachlass am Kaufpreise angeboten. Aus diesem Verhalten der Klägerin geht genügend hervor, dass sie damals die Mängelrüge hinsichtlich der Ausführung der Ware ganz wohl verstanden hat. (Entsch. v. 15. April 1896 i. S. Stalder c. Giesserei Konstanz.)

**111.** *Art. 269 O. R. Kauf auf Probe oder Besicht.*

Les instances cantonales ont constaté en fait que lors de sa commande, l'acheteur K. s'est réservé de pouvoir déguster le café à la tasse et que l'expédition n'aurait lieu que sur nouvelle instruction de sa part. Ces points de fait ne sont plus contestés par les recourants eux-mêmes et sont à considérer comme définitivement établis.

Au point de vue juridique, on doit admettre avec l'arrêt attaqué que ces stipulations donnent à la vente litigieuse le caractère d'une vente à l'examen, c'est-à-dire d'une vente dans laquelle l'acheteur s'est réservé le droit de décider définitivement, après examen de la chose, s'il entend l'acheter ou pas. La question controversée dans la doctrine (voir Windscheid, Pandekten II, § 387, note 6) de savoir si cette réserve comporte pour l'acheteur le droit de refuser la marchandise sans avoir à justifier des motifs de son refus, est tranchée expressément dans le sens affirmatif par l'art. 269 al. 1er C. O. Il suit de là que dans l'espèce le sieur K. était fondé à refuser purement et simplement les cafés de Lepetit & Cie, dès l'instant où cette marchandise ne lui plaisait pas à la suite de l'examen de l'échantillon. (Entsch. v. 22. Mai 1896 i. S. Lepetit & Cie c. Kæser.)

---

112. *Art. 561 u. 564 O. R. Vertretungsbefugnis eines Kollektivgesellschafters; Beschränkungen.*

Gemäss Art. 564 O. R. haftet der Anteilhaber einer Kollektivgesellschaft für die von einem Gesellschafter im Namen der Gesellschaft eingegangenen Verbindlichkeiten solidarisch, sofern dadurch die Gesellschaft selbst verpflichtet worden ist. Da nach Art. 561 O. R. jeder zur Vertretung der Kollektivgesellschaft befugte Gesellschafter als ermächtigt gilt, im Namen der Gesellschaft alle Arten von Rechtshandlungen und Geschäften vorzunehmen, welche der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann, und eine Beschränkung dieser Vertretungsbefugnis gegenüber gutgläubigen Dritten keine rechtliche Wirkung hat, so kann ein Gesellschafter die Verbindlichkeit des von einem andern zur Vertretung befugten Gesellschafter im Namen der Firma abgeschlossenen Rechtsgeschäftes nur ablehnen, wenn dasselbe entweder nicht zu denjenigen gehörte, welche der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen konnte, oder wenn der handelnde Gesellschafter dabei entgegen einer im Verhältnis der Gesellschafter unter einander bestehenden Beschränkung seiner Vertretungsbefugnis gehandelt, und der andere Teil bei Abschluss des Geschäftes dies gewusst hat. Indem Art. 561 O. R. bestimmt, dass die Vertretungsbefugnis des Kollektivgesellschafters nach aussen hin sich auf alle Arten von Rechtsgeschäften erstrecke, welche der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann, statuiert derselbe, wie das Bundesgericht in seiner Entscheidung vom 13. April 1894 in Sachen Geraerbank c. Jörg und Genossen (Amtl. Samml. d. bundesger. Entsch. XX, S. 440 Erw. 5 f.) ausgesprochen hat, für die Gesellschafter eine umfassendere Vertretungsbefugnis als diejenige des blossen Handlungsbevollmächtigten, in dem Sinne, dass sich dieselbe nicht bloss auf diejenigen Geschäfte erstreckt, welche der Betrieb des von der Gesellschaft geführten Gewerbes gewöhnlich mit sich bringt, sondern alle Rechtshandlungen und Geschäfte umfasst, welche überhaupt im Interesse des Gesellschaftszweckes liegen können. Es kommt also nicht darauf an, ob das betreffende Geschäft im normalen Geschäftsbetriebe der Gesellschaft liege oder nicht, sondern es genügt, dass dasselbe überhaupt, wenn auch ausserhalb des normalen Geschäftsbetriebes liegend, möglicherweise in dem Zweck der Gesellschaft begründet, d. h. durch denselben nicht ausgeschlossen ist. Nun gehört der Ankauf und Verkauf von Liegenschaftstiteln auf eigene Rechnung allerdings nicht zu den gewöhnlichen, im ordentlichen Betriebe liegenden, sondern

zu den mehr nur gelegentlichen Geschäften eines Rechtsagenturbureaus; allein es kann jedenfalls nicht gesagt werden, solche Geschäfte liegen derart ausserhalb des Geschäftskreises eines solchen Bureaus, dass dieselben durch dessen Zweck geradezu ausgeschlossen wären. Handelt es sich aber um ein Geschäft, das in abstracto im Gesellschaftszweck begründet sein kann, so gilt der Gesellschafter, welcher dasselbe im Namen der Gesellschaft abgeschlossen hat, dem gutgläubigen Dritten gegenüber hiezu als ermächtigt, gleichviel, ob dasselbe zu denjenigen gehöre, welche durch den Gesellschaftsvertrag oder die geschäftlichen Gepflogenheiten der Gesellschaft in den Geschäftskreis derselben einbezogen worden seien oder nicht. Für den gutgläubigen Dritten sind allfällige besondere Abmachungen, die die Gesellschafter in dieser Beziehung getroffen haben, nicht entscheidend; ihm gegenüber kommt es vielmehr einzig darauf an, ob infolge der Natur des Geschäftes auf die Ermächtigung des Gesellschafters, dasselbe im Namen der Gesellschaft abzuschliessen, geschlossen werden könne. Ist also davon auszugehen, dass das streitige Geschäft zu denjenigen gehörte, welche der Zweck der Kollektivgesellschaft Th. und H. mit sich bringen konnte, so kann sich H. auf eine im internen Verhältnis der Gesellschafter beruhende Beschränkung der Vertretungsbefugnis Th.'s dem S. gegenüber nur berufen, wenn dieser nicht als gutgläubiger Dritter erscheint. Nach der Auffassung des deutschen Rechts (Art. 116 des deutsch. H. G. B.) braucht zwar der Dritte an derartige interne Beschränkungen sich gar nicht zu kehren, er braucht sich nicht nur nicht danach zu erkundigen, ob solche bestehen, sondern er darf sie sogar, wenn er sie kennt, einfach ignorieren. Allein das schweiz. O. R. weicht nun hierin von dem deutschen H. G. B., welches ihm im übrigen in seinen handelsrechtlichen Materien vielfach als Vorbild gedient hat, erheblich ab. Nicht nur hat es den Umfang der gesetzlichen Vollmacht des vertretungsberechtigten Gesellschafters beschränkt, indem dieselbe sich nicht, wie nach deutschem Recht, schlechthin auf alle Arten von Geschäften und Rechtshandlungen, sondern nur auf alle Arten von Geschäften und Rechtshandlungen, welche der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann, erstreckt, — sondern es versagt das schweizerische Gesetz Beschränkungen der gesetzlichen Vertretungsbefugnis die rechtliche Wirkung gegenüber dritten Personen nicht überhaupt, sondern ausdrücklich nur gegenüber „gutgläubigen Dritten." Als gutgläubig erscheint aber der Dritte offenbar nur dann, wenn

er die bestehende Beschränkung der Vertretungsbefugnis beim Geschäftsabschlusse nicht kannte, wenn er nicht wusste, dass der Gesellschafter durch den Abschluss des Geschäfts diejenigen Befugnisse überschritt, welche ihm im internen Verhältnis der Gesellschafter unter einander eingeräumt waren. Weiss der Dritte, dass der Gesellschafter nach dem internen Verhältnis der Gesellschafter untereinander zur Vornahme der betreffenden Rechtshandlung auf den Namen der Gesellschaft nicht befugt war, so befindet er sich nicht in gutem Glauben, und es ist also gemäss Art. 561 Abs. 1 O. R. die Beschränkung der Vertretung gegenüber ihm wirksam; die Gesellschaft wird ihm gegenüber nicht verpflichtet, sondern er kann sich nur an den handelnden Gesellschafter halten. Dass der Begriff des guten Glaubens hier in diesem Sinne, im Sinne des Wissens oder Nichtwissens um die bestehende Beschränkung aufzufassen sei, und darunter nicht etwa bloss die Kollusionsabsicht, die Mitwissenschaft des Dritten um eine betrügerische Absicht des handelnden Gesellschafters zu verstehen ist, ergiebt sich aus dem Gesetz unzweideutig. Wenn dieses bestimmt, eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis habe gegenüber gutgläubigen Dritten keine rechtliche Wirkung, so sagt es damit gleichzeitig, dass die Beschränkung gegenüber bösgläubigen Dritten wirksam sei, stellt also nicht nur den, schon nach allgemeinen Grundsätzen selbstverständlichen Satz auf, dass der Dritte aus dem Geschäfte dann einen Anspruch gegen die Gesellschaft nicht herleiten könne, wenn dessen Abschluss eine unerlaubte Handlung seinerseits involviere. Dagegen liegt allerdings demjenigen, welcher den bösen Glauben des Dritten behauptet, der Beweis hiefür ob. (Entsch. v. 19. Apr. 1896 i. S. Schweizer c. Härtsch.)

---

113. *Art. 896 u. 91 O. R.; Art. 43 Bundesgesetz betr. Organis. der Bundesrechtspflege. Haftpflichtversicherung. 1. Sind die Art. 91 O. R. und Art. 43 Organisationsgesetz auch auf vertragliche Anzeigefristen bezw. Verwirkungsfristen anwendbar? 2. Anzeige eines Unfalls an den Arzt des Versicherers. 3. Erlaubtheit solcher vertraglicher Fristen. 4. Können aus einer Haftpflichtversicherung des Arbeitgebers auch die Arbeiter selbständige Ansprüche erheben?*

1. Es ist fraglich, ob die Frist, da der achte Tag ein Sonntag war, wirklich erst mit dem folgenden Tage abgelaufen sei. Denn es kann doch nicht ohne anderes die Bestimmung

in Art. 91 O. R., welche allerdings eine derartige Regel für die Berechnung von zur Erfüllung von Verbindlichkeiten vertraglich festgesetzten Fristen enthält, auf Fristen angewendet werden, innerhalb deren nach vertraglicher Uebereinkunft nicht die Erfüllung einer Verbindlichkeit, sondern eine zur Wahrung des Rechts einer Partei erforderliche Massnahme getroffen werden soll. Allein auch wenn man zugeben wollte, es sei die Anzeigefrist nach Analogie der zitierten Bestimmung bis zum nächsten Werktag erstreckt worden, so muss dieselbe doch als versäumt angesehen werden. Denn die Anzeige ist nur dann als rechtzeitig erfolgt zu betrachten, wenn der Versicherungsnehmer das seinige gethan hat, damit die Gesellschaft innert der festgesetzten Frist von dem Unfall Kenntnis erhalten konnte. Es muss ihr also die Anzeige innert dieser Frist zugegangen sein. Für eine andere als diese, dem Wortlaut einzig entsprechende Intention der Parteien bietet der Vertrag keinen Anhalt. Auch kann selbstverständlich die singuläre, und nur für prozessualische Fristen geltende Bestimmung in Art. 41 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, wonach eine Frist als eingehalten gilt, wenn die betreffende Eingabe am letzten Tage derselben der schweizerischen Post übergeben worden ist, hier nicht beigezogen werden.

2. Kläger glaubt nun aber, er habe seiner Anzeigepflicht dadurch Genüge geleistet, dass er vor Ablauf der Frist dem Versicherungsarzte von dem Unfall Anzeige gemacht habe. Mit Unrecht. Denn es ist nicht richtig, wie behauptet wird, dass der genannte Arzt Organ der Gesellschaft gewesen sei. Dieser stand zu letzterer in einem gewöhnlichen Auftragsverhältnis, das nicht einmal den Charakter einer festen Anstellung angenommen hatte. Danach waren ihm gewisse interne Funktionen zugewiesen, wozu u. a. auch die Ausfüllung eines Scheines, eines ärztlichen Berichtes über den Unfall zu Handen der Gesellschaft, gehörte. Dagegen trat er nach aussen in keiner Weise als Vertreter der Gesellschaft auf und war deshalb auch nicht befugt, rechtlich erhebliche Erklärungen zu Handen der letztern entgegenzunehmen. Dazu kommt, dass in der Police ausdrücklich bemerkt ist, dass der Unfall am Sitze der Gesellschaft oder der Agentur anzumelden sei, und dass in dem Heft mit Anzeigeformularen, wie ein solches eingehändigt worden ist, für jeden Unfall je zwei Scheine, einer für die Gesellschaft und einer für den Arzt, enthalten sind, deren verschiedener Zweck aus den Ueberschriften und aus der dem einen Scheine beigefügten

Bemerkung klar ersichtlich ist und auch dem Kläger bekannt war, da er ja beide Formulare ausfüllte.

3. Nun erhebt der Kläger aber überhaupt gegen die Gültigkeit der betr. Police-Bestimmung Einspruch, weil dieselbe unsittlich sei. Allein Doktrin und Praxis stimmen darin überein, dass derartige Verwirkungsklauseln an sich nichts Unsittliches enthalten und deshalb rechtlich gültig sind. Es liegt darin lediglich eine durchaus erlaubte vertragliche Normierung der Folgen des Verzugs in der Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung. Allerdings sind diese Folgen ungemein schwerwiegende, indem die Säumnis in der Erfüllung der Anzeigepflicht, die doch mehr sekundärer Natur ist, die Aufhebung des Rechts, die Hauptleistung von der Gegenpartei verlangen zu können, bewirkt. Allein deshalb kann noch nicht gesagt werden, dass die Bestimmung einen rechtlich nicht zu billigenden Zweck verfolge. Denn es hat sicherlich die Versicherungsgesellschaft ein rechtliches Interesse daran, dass ihr von dem Eintritt eines Schadenfalles rechtzeitig Anzeige gemacht werde. Es kann davon die Feststellung des Sachverhalts abhängen; es kann auch möglicherweise die zeitige Meldung es ermöglichen, dass weitere schädigende Folgen abgewendet werden können, und es muss endlich eine rasche Schadenanzeige von den Versicherungsanstalten auch aus assekuranz-technischen Rücksichten gefordert werden. Und wenn nun die Parteien dieses Interesse in der Weise berücksichtigen, dass sie von der Erfüllung der Anzeigepflicht innert der festgesetzten Frist den Bestand oder Nichtbestand des Versicherungsanspruchs abhängig machen, so kann hiegegen rechtlich nichts eingewendet werden, mag immerhin in vielen Fällen die Folge der Säumnis als eine den Umständen des Falles nach zu weit gehende erscheinen. Der Kläger hat diesem Gedanken vorliegend dadurch Ausdruck geben wollen, dass er behauptet hat, die Beklagte sei durch die Säumnis des Klägers doch nur insoweit befreit worden, als sie zu beweisen vermöge, dass ihr daraus ein Schaden erwachsen sei. Allein auch dieser Standpunkt, der heute auf eine Assimilierung der Verwirkungsklausel mit einer Konventionalstrafe zugespitzt worden ist, muss verworfen werden. Im Vertrage selbst fehlen für eine solche Auslegung jegliche Anhaltspunkte, und der Natur der Sache nach ist die Anwendung der im Obligationenrechte aufgestellten Grundsätze über Konventionalstrafe ausgeschlossen. Es handelt sich hier keineswegs um eine Leistung, die nach der Uebereinkunft der Parteien im Falle des Verzugs an Stelle der

ausbedungenen Leistung treten soll, sondern es wird bei Missachtung der Anzeigepflicht die Forderung auf die Gegenleistung als verwirkt erklärt. Die Säumnis bringt also nicht ein Recht des Mitkontrahenten auf eine andere, vertraglich zum voraus bestimmte Leistung zur Existenz, sondern lässt vielmehr das Recht des Säumigen auf seine Gegenleistung untergehen. Wie aber da von einer Ermässigung der Säumnisfolgen nach Analogie der Vorschrift in Art. 182 O. R. gesprochen werden kann, ist nicht erfindlich (vergl. die Urteile des Bundesgerichts in Band XXI, S. 862 und 1110 ff.). Freilich dürfen trotzdem die strengen Säumnisfolgen der Versicherungspolicen nicht unter allen Umständen und jedesmal ausgesprochen werden, wo auch nur objektiv die Anzeigepflicht nicht beachtet worden ist. Eine solche Normierung der Wirkungen des Verzugs würde dem Grundsatz von Treu und Glauben, der auch den Versicherungsvertrag beherrscht, widersprechen (vergl. Amtl. Samml. der bundesger. Entsch. Bd. XX, S. 1030 und XXI, S. 862). So darf die Bestimmung da nicht zur Anwendung gebracht werden, wo dem Säumigen der Nachweis gelingt, dass ihn eine Schuld an der Säumnis nicht treffe.

4. Der Umstand, dass sich ein Arbeitgeber die Hälfte der Prämien von seinen Arbeitern hat bezahlen lassen, bewirkt nicht, dass aus einer Haftpflichtversicherung, welche den Unternehmer gegen die Folgen der gesetzlichen Haftpflicht sicherstellen soll, auch die Arbeiter selbständige Rechte herleiten können. (Entsch. v. 21. Juli 1896 i. S. Bogner c. Préservatrice.)

---

114. *Art. 896 O. R. Lebensversicherung; Bedeutung und Folgen unwahrer Angaben des Versicherungsnehmers über früher erlittene Krankheiten und Verletzungen.*

Nach den Feststellungen der Vorinstanz besteht kein Zweifel, dass der Versicherte J. S. sich beim Abschluss des Versicherungsvertrages unrichtiger Angaben über seinen früheren Gesundheitszustand schuldig gemacht hat, indem er die im Antragsformular enthaltenen Fragen, ob er schon früher an Krankheiten oder Verletzungen gelitten und ärztlich behandelt worden sei, verneinend beantwortete, trotzdem er im Jahre 1875 eine nahezu fünf Wochen dauernde Lungenentzündung durchgemacht, im Jahre 1877 eine Woche lang an Influenza krank gewesen, und wegen dieser Krankheiten, sowie wegen eines im Jahre 1880 erlittenen Schlüsselbein-

bruchs und im Jahre 1888 wegen einer Neuralgie der rechten Hand ärztlich behandelt worden war. Andrerseits haben die Experten erklärt, dass diese Krankheiten keine bleibenden Folgen gehabt haben und daher zur Zeit des Abschlusses der Versicherung für die Beurteilung der Lebensfähigkeit des Versicherungsnehmers ohne Belang gewesen wären. Es ist also mit der Vorinstanz anzunehmen, dass in concreto die vom Versicherungsnehmer verschwiegenen Thatsachen das Risiko der beklagten Versicherungsgesellschaft nicht erhöht haben, und es muss sich darnach fragen, ob sich dieselbe gleichwohl auf die in Art. 1 der Police enthaltene Verwirkungsklausel berufen könne, mit andern Worten, ob das Verschweigen jener Thatsachen schon aus dem Grunde die Aufhebung des Versicherungsvertrages nach sich ziehe, weil die Kenntnis derselben möglicherweise die Entschliessung der Beklagten beeinflusst, dieselbe möglicherweise abgehalten hätte, den Versicherungsvertrag mit Siegenthaler einzugehen, oder doch unter den Bedingungen einzugehen, wie es thatsächlich geschehen ist. Die Frage muss im Gegensatz zu den Ausführungen der Vorinstanz bejaht werden. Aus der Fassung der in Betracht kommenden Vertragsbestimmung (Art. 1 zweiter Absatz der Police) lässt sich die Auffassung der Vorinstanz nicht begründen. Diese Bestimmung besagt mit keinem Worte, dass die darin genannten Folgen unrichtiger Angaben nur dann eintreten sollen, wenn die verschwiegenen Thatsachen für die Erhöhung oder Verwirklichung der Gefahr kausal gewesen seien, sondern sie lautet ganz allgemein dahin, dass jede beabsichtigte Verschweigung u. s. w. die Versicherung aufhebe, welche zum Zwecke gehabt habe, von der Gesellschaft eine Verbindlichkeit zu erschleichen oder dieselbe für sie lästiger zu machen; sie stellt also einfach darauf ab, ob die verschwiegene Thatsache an sich geeignet gewesen sei, einen Einfluss auf die Entschliessung der Gesellschaft, ob sie die Versicherung überhaupt oder doch zu den in Aussicht genommenen Bedingungen eingehen wolle, auszuüben. Es leuchtet denn auch ohne weiteres ein, dass die Versicherungsgesellschaft es unmöglich darauf abgestellt sein lassen konnte, ob eine Thatsache, die an sich, in abstracto, geeignet war, ihre Chancen ungünstiger zu gestalten, sich nachträglich als kausal erweisen würde oder nicht. Denn der Grund der Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers besteht eben darin, dem Versicherer die Möglichkeit zu geben, sich über den Umfang des Risikos, das er durch den Versicherungsvertrag eingeht, eine möglichst zutreffende Vorstellung zu machen,

ihm die Kenntnis derjenigen Thatsachen zu verschaffen, die für seine Entschliessung, ob und zu welchen Bedingungen er den Vertrag eingehen wolle, von Einfluss sein können (Entsch. des R. O. H. G. IX S. 206, König, in Endemanns H. B. des Handelsrechtes, III S. 792 f., Ehrenberg, Vers. Recht, I S. 328 f., 335). Ist aber hienach der Inhalt der Anzeigepflicht durch das Interesse des Versicherers, eine möglichst richtige Grundlage für seine Entschliessung zu haben, bedingt, so folgt daraus, dass für die Frage, ob eine bestimmte Thatsache zu den anzeigepflichtigen gehöre, dieses Interesse, also die Frage entscheidend sein muss, ob die Thatsache zu denjenigen gehöre, welche für die Entschliessung des Versicherers, den Versicherungsvertrag zu den in Aussicht genommenen Bedingungen abzuschliessen, nach vernünftigem Ermessen von Bedeutung sein konnte. Wenn daher der Versicherer, durch Stellung bezüglicher Fragen, erklärt hat, auf gewisse Thatsachen Bedeutung zu legen, müssen diese Thatsachen jedenfalls als anzeigepflichtig angesehen werden, es wäre denn, dass die betreffenden Fragen nach vernünftigem Ermessen an sich für den Zweck, den die Information haben soll, überhaupt als unerheblich und daher nur als ein Mittel sich darstellten, um eventuell ohne jeden berechtigten Grund die Verbindlichkeit anfechten zu können (Ehrenberg, Versicherungsrecht, I S. 336). Im weiteren ist klar, dass der Versicherer, wenn er vor Abschluss des Versicherungsvertrages bestimmte, für seine Entschliessung an sich erhebliche Fragen an den Versicherungsnehmer stellt, und die Gültigkeit des Versicherungsvertrages von deren gewissenhafter Beantwortung abhängig zu machen erklärt, dabei unmöglich den Willen haben kann, bei unrichtiger Beantwortung die Gültigkeit des Versicherungsvertrages davon abhangen zu lassen, ob ein Dritter, z. B. ein Experte, die betreffende Thatsache für wichtig genug erachte, um anzunehmen, der Vertrag wäre bei richtiger Kenntnis derselben nicht abgeschlossen worden, sondern dass er für diese Frage einzig sein eigenes Befinden, sein sachverständiges Urteil als massgebend betrachtet wissen will. Da es sich bei der geforderten Information um die Bildung seines Entschlusses handelt, muss es auch einzig seiner Beurteilung anheimgestellt bleiben, welches Gewicht er gewissen Thatsachen beizulegen habe, und es wäre daher, gegenüber der in der Fragestellung liegenden Erklärung des Versicherers, dass er über gewisse Thatsachen Auskunft verlange, nicht zulässig, die Frage der Erheblichkeit solcher Thatsachen für den Vertragsabschluss von dem Entscheide Dritter abhängig

zu machen, immerhin unter der bereits hervorgehobenen Voraussetzung, dass die verlangte Information für die Bemessung des Risiko nach vernünftigem Ermessen an sich überhaupt von Bedeutung sein kann, und nicht etwa in chikanöser Weise über Dinge Auskunft verlangt wird, die sich von vorneherein als offenbar unerheblich erweisen. (Entsch. v. 4. Juli 1896 i. S. Erben Siegenthaler c. la Suisse.)

---

**115.** *Art. 1 u. 896 O. R. Stillschweigen des Versicherungsnehmers auf Abänderungsanträge des Versicherers, Bedeutung.*

Nach allgemeinem Rechtsgrundsatz gilt Stillschweigen nur dann als Zustimmung, wenn dem Schweigenden eine Verletzung der im Verkehr gebotenen Redlichkeit zur Last fallen würde, falls sein Wille auf Verweigerung der Zustimmung gerichtet ist (Regelsberger Pand., I S. 505). Speziell im Versicherungsrechte ist als Regel anerkannt, dass der Versicherer, wenn er dem Versicherungsnehmer Abänderungsanträge stellt, und dieser dieselben unbeantwortet lässt, auf deren Beantwortung zu bestehen hat, so dass an die Unterlassung dieser Verpflichtung regelmässig die Folge geknüpft wird, dass der Versicherer später, wenn er vom Versicherungsnehmer auf Bezahlung der Versicherungssumme belangt wird, die Nichtbeantwortung seines Antrages nicht zum Nachteil des Versicherungsnehmers verwerten darf. Vergl. Ehrenberg Vers. Recht, I S. 337. (Entsch. v. 16. Mai 1896 i. S. Zehnder c. Soleil.)

**116.** *Art. 896 O. R. Unfallversicherung. 1. Inwiefern enthält die vorbehaltlose Auszahlung eines Teils der Unfallentschädigung eine Anerkennung der Entschädigungspflicht? 2. Nichtbeantwortung von Fragen im Versicherungsantrage, Bedeutung.*

1. In der vorbehaltlosen Auszahlung eines Teils der Unfallentschädigung kann nur unter der Voraussetzung eine im Sinne der Anerkennung der Entschädigungspflicht konkludente Handlung, bezw. ein Verzicht auf die Einrede, dass der Unfall nicht unter die Versicherung falle, erblickt werden, wenn die Auszahlung unter Kenntnis der für letztere Einrede relevanten Thatsachen geschehen ist. Wenn daher die Vorinstanz den gedachten Standpunkt des Klägers aus dem Grunde als unbegründet bezeichnet hat, weil die Beklagte bei Bewilligung der Zahlungen an den verunglückten Arbeiter diese Kenntnis nicht besessen, ihre Haftpflicht aber sofort abgelehnt habe,

als sie zu genauerer Kenntnis der Sachlage gelangt sei, so erscheint diese Schlussfolgerung rechtlich vollkommen zutreffend.

2. Bezüglich der Frage, ob der Unfall, aus welchem die Entschädigungsforderung hergeleitet wird, in dem Versicherungsvertrag inbegriffen sei, steht thatsächlich unwidersprochen fest, dass einerseits der Unfall sich bei der Beschäftigung des betreffenden Arbeiters an einer ausserhalb der klägerischen Geschäftslokale aufgestellten fremden Hobelmaschine ereignet hat, und dass anderseits der Kläger in dem Versicherungsantrage die beiden Fragen: „Welches ist die Zahl der angewandten Maschinen?“ und: „Giebt es Sägen oder andere mechanische Werkzeuge?“ je mit einem Strich beantwortet hat. In dieser Art der Beantwortung hat die Vorinstanz die Willenserklärung des Versicherungsnehmers erblickt, dass Unfälle an Maschinen nicht in die Versicherung einbezogen sein sollen, und desshalb den erfolgten Unfall als durch diese nicht gedeckt betrachtet. Da es sich bei dieser Feststellung des Vertragswillens nicht um eine blosse Beweisfrage, sondern um die Anwendung materiellrechtlicher Auslegungsregeln handelt, untersteht dieselbe der Ueberprüfung des Bundesgerichts. Es ist also zu untersuchen, welche Erklärung in dem Hinsetzen eines blossen Striches auf die genannten Fragen liege. Eine affirmative Antwort entsprechend der Fragestellung enthielt nun der vom Kläger angewendete Strich offenbar nicht, und es kann sich nur fragen, ob Kläger damit die Frage, ob bei seinem Geschäftsbetrieb Maschinen verwendet werden, entweder geradezu habe verneinen, oder erklären wollen, eine direkte Antwort auf diese Frage brauche überhaupt nicht gegeben zu werden. In beiden Fällen muss aber seine Erklärung zur Abweisung der Klage führen. Liegt nämlich in dem Hinsetzen eines Striches die Verneinung der Frage nach Maschinen, so handelt es sich unzweifelhaft um eine unwahre Angabe, die geeignet war, die richtige Schätzung der Versicherungsgefahr zu beeinträchtigen, und daher nach Art. IV der Policebedingungen den Verlust des Entschädigungsanspruchs aus dem Versicherungsvertrag nach sich zog. Ist jener Strich dagegen in dem Sinne aufzufassen, dass eine bestimmte Antwort nicht nötig sei, so muss darin, mit der Vorinstanz, die Erklärung erblickt werden, dass Kläger die Maschinenarbeit in seinem Geschäfte als nebensächlich genug ansehe, um sie für die Versicherung ausser Betracht fallen zu lassen. Damit versetzte Kläger die Versicherungsgesellschaft in den Glauben, die zu versichernde Gefahr erstrecke sich nicht auf Maschinenbetrieb, und er muss, nach den Grund-

sätzen über Treu und Glauben beim Abschluss von Verträgen, diese Interpretation gegen sich gelten lassen. Unstichhaltig ist es, wenn Kläger hiegegen eingewendet hat, nicht er, sondern der Agent der Beklagten habe die Beantwortung der im Versicherungsantrag enthaltenen Fragen besorgt, und ihm diesen fertig zum Unterzeichnen vorgelegt; denn diese speziellen, hier in Betracht kommenden Fragen konnte der Agent jedenfalls nicht anders, als auf Grund einer Mitteilung des Klägers beantworten, und es ist daher die daraufhin abgegebene Erklärung in der That als seine Erklärung zu behandeln. (Entsch. v. 24. April 1896 i. S. Stiegeler c. Soleil.)

---

117. *Art. 896 O. R.: schliesst die unrichtige Bezeichnung des Verwahrungsortes versicherter beweglicher Gegenstände in der Versicherungspolice die Pflicht zur Zahlung der Versicherungssumme unbedingt aus?*

Kläger hatte bei der Beklagten eine Anzahl Modelle gegen Feuersgefahr versichert, welche sich in dem aus mehreren Gebäuden bestehenden Kloster F. befanden. In der Police war aber das betreffende Gebäude nicht mit der richtigen Hausnummer bezeichnet und als dasselbe mit den Modellen verbrannte, verweigerte die Beklagte die Zahlung der Versicherungssumme, weil die in diesem Gebäude befindlichen Modelle nicht versichert gewesen seien. Sie wurde aber zur Zahlung verpflichtet. Der Begründung des bundesgerichtlichen Urteils entnehmen wir folgendes:

Die unrichtige Angabe in der Police über den Aufbewahrungsort der versicherten Gegenstände beruht auf einer Verwechslung der Aufbewahrungsorte der versicherten Modelle, die jedoch im vorliegenden Falle für die Frage nach dem Umfange der Versicherung nicht in Betracht fallen kann. Allerdings giebt die Police in urkundlicher Form den Willen der Kontrahenten wieder und ihren Inhalt müssen beide Parteien gegen sich gelten lassen. Aber sie ist nicht das einzige Mittel zur Erkenntnis oder zum Beweise des eigentlichen Vertragswillens, auf den es auch hier ankommt (vgl. Ehrenberg, Versicherungsrecht Bd. I S. 258). So gehört in Versicherungssachen namentlich auch der Versicherungsantrag zu den zur Feststellung des Parteiwillens wesentlichen rechtsgeschäftlichen Willensäusserungen. Nun ging dieser, nicht auf einem der üblichen Deklarationsformulare, sondern in einem gewöhnlichen Briefe an einen Agenten der Beklagten enthaltene, Antrag vorliegend

bloss dahin, dass die Klägerin ihr Eigentum versichern wolle, das sich in den von B. zu St. gemieteten, dem Agenten bekannten Räumlichkeiten des Klosters befinde, ohne dass irgend eine nähere Ortsbezeichnung gegeben worden wäre. Der Agent sodann meldete die Versicherung sofort, ohne nähere Auskunft über die Lokalitäten zu verlangen, bei der Generaldirektion in B. an und sandte der Klägerin hierauf, nachdem von ihr inzwischen bloss die Angabe der Dauer der Versicherung verlangt worden war, „die auf die Versicherung der im Kloster F. liegenden Objekte Bezug habenden Dokumente" zur Unterschrift zu. Weitere mündliche Verhandlungen haben zwischen den Parteien nicht stattgefunden. War aber bis dahin von einer nähern Bezeichnung der Aufbewahrungsorte der zu versichernden Objekte nirgends die Rede gewesen, so darf daraus geschlossen werden, dass dieser nähern Bezeichnung eine Bedeutung für die Versicherung überhaupt nicht beigelegt wurde, auch nicht von Seite des Versicherers. Hätte dieser ein Gewicht auf die nähere Ortsbezeichnung gelegt, so hätte er die Klägerin auf irgend eine Weise darauf aufmerksam machen müssen, zumal da es klar zu Tage lag, dass diese beabsichtigte, alle ihre im Kloster F. befindlichen Gegenstände ohne Rücksicht auf den Aufbewahrungsort zu versichern. Freilich enthält nun die Police eine Angabe der Gebäudenummer, in der sich die versicherten Gegenstände befinden sollten. Aber nach den Vorgängen durfte die Klägerin wohl annehmen, dass damit bloss eine nähere Bezeichnung der Objekte und keineswegs eine Einschränkung der Versicherung hinsichtlich des Aufbewahrungsortes der Gegenstände bezweckt wurde. Es hätte doch, zumal da die Police von der Gesellschaft redigiert war, auf eine solche Folge der Einfügung der Hausnummer entweder in der Police selbst oder sonstwie besonders hingewiesen werden müssen. (Entsch. v. 17. Juli 1896 i. S. Phönix c. Lokomotivfabrik Winterthur.)

---

118. *B.-Ges. betr. die Erfindungspatente, vom 29. Juni 1888. Kann die Nichtigkeit eines Patents auch auf dem Wege der Einrede geltend gemacht werden?*

Nach schweizerischem Patentrecht braucht der wegen Patentbruchs Belangte zur Begründung seiner Behauptung, dass ein Recht des Patentklägers überhaupt nicht bestehe, nicht erst die Nichtigkeitsklage anzustellen, sondern er kann sich darauf beschränken, diese Behauptung zum Zwecke

der Rückweisung des gegen ihn erhobenen Anspruches einredeweise geltend zu machen, wobei dann rechtskräftig nur über diesen letztern Anspruch entschieden wird, das Urteilsdispositiv somit auch hinsichtlich der behaupteten Nichtigkeit des Patentes nur unter den Parteien Rechtskraft erlangt. (Entsch. v. 15. Mai 1896 i. S. Erben Salquin c. Bund.)

---

**119.** *B.-Ges. betr. die Erfindungspatente, vom 29. Juni 1888. 1. Gegenstand der Patentierung. 2. Liegt in der Patentierung auch der Beweis der Verwertbarkeit der Erfindung?*

1. Auch nach dem schweizerischen Gesetze wird nicht der Erfindungsgedanke an sich patentiert, sondern erst, wenn derselbe in einer bestimmten Form, in einem körperlichen Substrat sich verwirklicht hat. Allein nicht das einzelne körperliche Substrat, das einzelne Exemplar, in welchem sich der Erfindungsgedanke offenbaret, ist der Erfindungsgegenstand, sondern der patentfähige Erfindungsgegenstand ist die Ausführungsform des Erfindungsgedankens, welche durch das Modell oder das einzelne körperliche Substrat sinnlich dargestellt wird.

2. In der Patentierung darf nicht der Beweis dafür gefunden werden, dass man es nun wirklich mit einer praktisch verwertbaren Erfindung zu thun habe. Denn eine amtliche Prüfung findet in dieser Richtung nicht statt und nach Art. 18 des Bundesgesetzes betr. die Erfindungspatente vom 29. Juni 1888 geschieht die Erteilung des Patentes ohne Gewährleistung des Vorhandenseins oder des Wertes der Erfindung. (Entsch. v. 11. Juli 1896 i. S. Mantel c. Martini & Cie.)

---

**120.** *1. Art. 29 des Markenschutzgesetzes; Zuständigkeit der nach dieser Gesetzesbestimmung zu bezeichnenden kantonalen Gerichte. 2. Art. 6 Abs. 1 der internationalen Konvention vom 20. März 1883. Inwieweit sind ausländische Marken nach dem Rechte des Ursprungslandes zu beurteilen? 3. Begriff des Gemeingutes oder Freizeichens.*

1. Nach Art. 29 des Bundesgesetzes betr. den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken haben die Kantone zur Behandlung der nach diesem Gesetz zu entscheidenden civilrechtlichen Streitigkeiten eine Gerichtsstelle zu bezeichnen, welche den Prozess als einzige kantonale Instanz entscheidet.

Art. 29 dieses letztern macht keinen Unterschied, ob eine Markenrechtsstreitigkeit ausschliesslich nach diesem Gesetze zu entscheiden sei, oder nicht; diese Bestimmung muss daher Platz greifen, sobald es sich um eine Markenstreitigkeit handelt, auch wenn dieselbe nur teilweise nach schweizerischem Recht zu entscheiden ist.

2. Nach der internationalen Konvention zum Schutze des gewerblichen Eigentums vom 20. März 1883 muss nur die Form der aus den Vereinsstaaten stammenden Marken nach den Gesetzen desjenigen Staates beurteilt werden, welche für dieselben im Ursprungslande massgebend sind (s. Art. 6 Abs. 1 der intern. Konvention und Ziff. 4 des Schlussprotokolls dazu). Soweit es sich also nur um die Frage handelt, ob einer Marke wegen ihrer Form der gesetzliche Schutz gewährt oder versagt werden müsse, kommt das Recht des Ursprungslandes zur Anwendung. Bezüglich aller übrigen Fragen gilt dagegen das schweizerische Recht, und es ist die Annahme nicht richtig, dass auch Angriffe gegen den innern Gehalt, wie die Vorinstanz sich ausdrückt, oder gegen die materielle Berechtigung einer Marke nach dem Rechte des Ursprungslandes zu beurteilen seien. Denn die Bestimmungen des schweiz. Markenschutzgesetzes sind zwingender Natur und finden daher in der Schweiz nur insofern keine Anwendung, als denselben Staatsverträge entgegenstehen. Dies ist aber, wie bemerkt, nur der Fall bezüglich der Form der Fabrik- und Handelsmarken; in allen übrigen Punkten ist demnach das schweiz. Recht, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob dasselbe mit dem Rechte des Ursprungslandes der Marke übereinstimme, massgebend, insbesondere also auch bezüglich der Fragen, ob ein Zeichen ein Freizeichen, oder deswegen des gesetzlichen Schutzes nicht fähig sei, weil es Angaben über die Art der Herstellung, der Beschaffenheit oder Bestimmung der Ware enthalte, oder die Gefahr einer Täuschung begründe.

3. Fragt es sich in casu, ob nach schweiz. Rechte die Marke „Antipyrin" zulässig sei, so kommt zur Anwendung Art. 3 Abs. 2 des Markenschutzgesetzes vom 26. September 1890, welcher die Bestimmung enthält, dass als Gemeingut anzusehende Zeichen, welche in die Marke einer Privatperson aufgenommen werden, den gesetzlichen Schutz nicht geniessen. Gemeingut oder Freizeichen sind solche Zeichen, welche nicht das Verhältnis einer Person als Produzent, Eigentümer oder Verkäufer zu der Ware, sondern die Ware selbst, ihre Beschaffenheit, bezeichnen, durch welche sie sich von anderen Warengattungen oder anderen Arten derselben Gattung

unterscheidet. Demnach geniessen solche Zeichen den gesetzlichen Markenschutz nicht, welche sich als Sachname, d. h. als Bezeichnung der Sache nach ihrer objektiven Qualität ohne Rücksicht auf ihre Herkunft (Kohler, in der Zeitschrift für gewerbl. Rechtsschutz und Urheberrecht, 1. Jahrg. S. 38) darstellen, oder überhaupt eine Beschaffenheitsbezeichnung der betreffenden Ware enthalten.[1]) (Entsch. v. 25. April 1896 i. S. Comp. parisienne de couleurs d'aniline c. Basler chemische Fabrik Bindschedler.)

---

**121.** *Art 22, 24, 25, 26 und 27 B.-Ges. betr. Schutz der Fabrik- und Handelsmarken; Art. 50 O. R. 1. Beweis der Nachahmung einer Marke. 2. Erkundigung über Zulässigkeit einer Marke durch den Nachahmer. 3. Markenrechtsverletzung durch nicht eingetragene Nachahmungen. 4. Unredliche Konkurrenz durch Nachahmung eines nicht eingetragenen Warenzeichens. 5. Klage wegen Widerhandlung gegen Art. 22 des Markenschutzgesetzes.*

1. Für die Beantwortung der Frage, ob eine Marke oder Etiquette die Nachahmung einer bereits bestehenden Fabrik- oder Handelsmarke sei, ist regelmässig die Vergleichung derselben entscheidend; ein weiterer Beweis kann in der Regel dem Markenberechtigten nicht auferlegt werden.

2. Der Nachahmer einer Marke, welcher bei gehöriger Aufmerksamkeit sich sagen musste, dass die Gefahr einer Täuschung bestehe, kann sich nicht damit entschuldigen, dass er sich vorher bei Behörden oder Privaten über die Zulässigkeit seiner Marke erkundigt habe.

3. Die Klage wegen Verletzung des Markenrechts ist statthaft ohne Rücksicht darauf, ob auch die Nachahmung als Marke hinterlegt sei oder nicht.

4. Wer ein eintragsfähiges Warenzeichen vor seiner Hinterlegung resp. Eintragung ins Markenregister nachmacht oder nachahmt, macht sich der unredlichen Konkurrenz schuldig.[2])

5. Wegen Zuwiderhandlung gegen Art. 22 des Markenschutzgesetzes giebt es nur eine Strafklage, keine Civilklage. (Entsch. v. 20. Juli 1896 i. S. Gavillet c. Cerez.)

---

[1]) Das Urteil führt dann aus, dass in der Schweiz der Name Antipyrin Sachbezeichnung geworden sei, weil dieses chemische Erzeugnis in der Schweiz nicht patentfähig gewesen.

[2]) Siehe oben No. 99.

## B. Entscheide kantonaler Gerichte.

**122.** *Schadenersatz. Anwendbarkeit von Art. 67 O. R.*

**Zürich.** Urteil der Appellationskammer des Obergerichts vom 23. Juni 1896 i. S. Zacchia c. Lauffer & Franzeschetti.

Die Eigentümerin eines Gebäudes hatte die Firma Lauffer & Franzeschetti mit dem Verputzen ihres Hauses beauftragt. Nach Vollendung der Arbeit wurde das Gerüst noch für die Malerarbeiten, die ein Dritter übernommen hatte, benutzt. Bei diesen Arbeiten ereignete sich ein Unfall durch Einstürzen eines Teils des Gerüstes, ein Maler erlitt erhebliche Verletzungen. Er erhielt von der Unfallversicherung, bei der er durch seinen Arbeitgeber versichert war, für bleibenden Nachteil Fr. 4600, belangte nun aber die Eigentümerin des Gerüstes (Firma L. & F.) für weitere Entschädigung gestützt auf Art. 62 und 67 O. R. Die Haftpflicht wurde bestritten, unter anderm wurde gesagt, Art. 67 treffe nicht zu, weil er nur auf unbewegliche Sachen Bezug habe. Dieser Grund wurde von beiden Instanzen verworfen, von der Appellationskammer mit folgendem Motive:

Es mag zugegeben werden, dass sich Art. 67 nicht auf alle Sachen schlechthin bezieht. Wäre das der Fall, so hätte die spezielle Hervorhebung der Gebäude, wie sie sich im Gesetze findet, keinen Sinn. Dieselbe deutet darauf hin, dass der Gesetzgeber neben den Gebäuden nur solche Konstruktionen im Auge hatte, die eine gewisse Aehnlichkeit mit Bauwerken aufweisen. Dagegen wäre es offenbar unrichtig, den Art. 67 nur auf unbewegliche Sachen zu beschränken, denn auch Gebäude können unter Umständen rechtlich als bewegliche Sachen aufzufassen sein und nicht als Bestandteil des Bodens. Die richtige Interpretation des Art. 67 ist die, dass die daselbst normierte Haftpflicht den Eigentümer eines Gebäudes oder einer andern auf einem Grundstücke errichteten Konstruktion treffen will. Als eine derartige Konstruktion erscheint nun aber unzweifelhaft auch ein Baugerüst.

(Des Weitern wurde aber der Beklagten gestattet, von der Gesamtentschädigungssumme den von der Unfallversicherung bezahlten Betrag abzuziehen. Denn „offenbar handelte es sich bei der betr. Zahlung um nichts anderes als um die Befriedigung des Anspruchs, der dem Kläger infolge des Unfalls gegenüber s e i n e m Arbeitgeber — der sich seinerseits wieder bei der Unfallversicherungsgesellschaft gedeckt hatte — auf Grund des Haftpflichtgesetzes zustand. Nach

richtiger Auffassung gewinnt nun aber der Arbeiter in den Fällen, in denen sowohl der Arbeitgeber für die eingetretene Verletzung einzustehen hat, als auch die Haftbarkeit Dritter im Sinne der Art. 50 ff. O. R. begründet ist, gegenüber den mehreren Verpflichteten nur einen einheitlichen Anspruch auf Ersatz des Schadens. War dieser Anspruch von einem der Schuldner ganz oder teilweise getilgt, so muss das auch den anderen Verpflichteten zu gute kommen, wobei natürlich allfällige Regressrechte desjenigen, der die Zahlung geleistet hat, gegen den Mitverpflichteten vorbehalten bleiben.")

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch. XV [1896] S. 195 f.)

---

**123.** *Vertrag zu Gunsten Dritter durch Schuldübernahme. Willensmeinung der Kontrahenten. Art. 128 Abs. 2 O. R.*

**Baselstadt.** Urteil des Appellationsgerichts vom 13. Juli 1896 i. S. Gemeinnützige Gesellschaft c. Zehntner.

Die ehemalige Baugesellschaft für Arbeiterwohnungen, deren Rechtsnachfolgerin die heutige Klägerin (Gemeinnützige Gesellschaft) ist, hatte 1872 das Haus Schweizergasse 2 an J. Lötscher verkauft und sich von ihm versprechen lassen, er werde auf dieser Liegenschaft keine Stallung auch nicht für Kleinvieh und Hühner einrichten und für den Fall des Zuwiderhandelns eine Konventionalstrafe von 1000 Fr. bezahlen, zu deren Sicherung der Käufer eine Kautionshypothek auf der Liegenschaft bestellte. Im Jahre 1889 verkaufte Lötscher die Liegenschaft an J. Zehntner. In der Verkaufsurkunde heisst es bei Beschreibung der Liegenschaft: „Pfandrechte: eine Kaution im Betrage von 1000 Fr. für die Konventionalstrafe bei Zuwiderhandlung gegen die Bedingungen der Baugesellschaft laut übergebenem Kaufbriefe," u. s. w. Ferner heisst es: „Ebenso wird dem Käufer überlassen, wegen der Kautionshypothek sich mit der Baugesellschaft ins Benehmen zu setzen." Der Käufer kümmerte sich um diese Verhältnisse zur Baugesellschaft nicht weiter und errichtete bald nach dem Erwerb auf der Liegenschaft einen Hühnerstall und hielt sich Hühner. Die Aufforderung der Klägerin, dies zu unterlassen, wies er zurück. Daher erfolgte Klage auf Entfernung der Hühner aus der Liegenschaft, mit der Begründung, dass Beklagter die persönliche Verpflichtung des Lötscher gegenüber der Klägerin übernommen habe. Der Beklagte bestritt dies, da er von dieser Verpflichtung gar keine Kenntnis erhalten und den zwischen der Baugesellschaft und Lötscher abgefassten Kaufbrief nie zu Gesicht bekommen

habe. — Das Zivilgericht wies die Klage ab, weil aus den oben mitgeteilten Stellen des Kaufvertrags des Beklagten nicht entnommen werden könne, dass von ihm wirklich eine Uebernahme der persönlichen Verpflichtungen des Lötscher erfolgt sei. Das Appellationsgericht änderte dieses Urteil und gab der Klägerin Recht.

Motive: Mit der ersten Instanz ist davon auszugehen, dass es sich um die Frage handelt, ob der Beklagte die von der Klägerin seiner Zeit seinem Verkäufer auferlegte Verpflichtung übernommen hat. Nun ist allerdings eine Schuldübernahme durch Vertrag des Gläubigers mit dem Schuldübernehmer und mit der Wirkung, dass der alte Schuldner befreit wird, nicht vorhanden. Dagegen liegt der Thatbestand einer Schuldübernahme in der Gestalt vor, dass der Beklagte die Verpflichtung seines Verkäufers zu Gunsten des Gläubigers auf sich genommen hat, also ein Uebernahmsvertrag zu Gunsten eines Dritten vorhanden ist. Hiefür spricht schon, dass in dem Kaufbriefe, den der Beklagte von seinem Verkäufer erhalten hat, für die Lasten, die auf der Liegenschaft ruhen, auf die Bedingungen „laut übergebenem Kaufbrief“ verwiesen wird, das heisst doch, der Käufer (Bekl.) könne und solle aus dem Kaufbriefe der Baugesellschaft an den jetzigen Verkäufer den Umfang und die Art der Verpflichtungen entnehmen. Und Beklagter kann sich nicht damit ausreden, dass ihm dieser Kaufbrief nicht übergeben worden sei, da er nun, nachdem er selber die Liegenschaft mit den dem früheren Erwerber überbundenen Pflichten zu übernehmen erklärt hatte, selbst für Kenntnisnahme derselben zu sorgen hatte. Aber auch abgesehen davon ist der Passus des Kaufbriefes entscheidend: „Dem Käufer wird überlassen, wegen der Kautionshypothek sich mit der Baugesellschaft ins Benehmen zu setzen.“ Offenbar ist der Sinn dieses Passus der, dass der Verkäufer durch den Verkauf des Hauses von der durch die Kautionshypothek verstärkten Verpflichtung entbunden werden will und nun dem Käufer alles, was mit dieser Hypothek zusammenhängt, seinerseits mit dem Gläubiger in Ordnung zu bringen überbindet. Der Verkäufer legte also durch diesen Passus dem Käufer die Pflicht auf, dafür zu sorgen, dass er, der Verkäufer, mit dieser Sache vom Gläubiger nicht mehr behelligt werde, und der Käufer versprach dadurch, die Verpflichtung betreffend das Hühnerhalten in Ordnung zu bringen, also dafür zu sorgen, dass diese Verpflichtung fernerhin beobachtet, oder vom Gläubiger erlassen werde.

Darin liegt, rechtlich betrachtet, ein Eintreten des Beklagten in die Schuldverpflichtung seines Verkäufers zu Gunsten des Dritten, der heutigen Klägerin. Dass diese Letztere selbständig gegenüber dem Beklagten Erfüllung fordern könne, muss gemäss Art. 128 O. R. die Willensmeinung der Parteien gewesen sein. Diese Willensmeinung erschliesst sich aus den Umständen zur Genüge, jedenfalls war die Absicht des Verkäufers darauf gerichtet, wie nicht weiter nachzuweisen nötig ist, aber auch die des Beklagten kann nicht zweifelhaft sein, denn der fraglichen Bestimmung des Kaufbriefes, die von beiden Parteien unterzeichnet ist, liegt unverkennbar der Zweck zu Grunde, den Verkäufer aller seiner Verpflichtungen aus seinem früheren Kaufvertrage zu entheben, und dieser Zweck kann nicht anders erreicht werden als durch das Mittel der Verabredung, dass Klägerin sich fortan direkt an den Käufer halten dürfe und nicht darauf angewiesen sei, ihr Verbietungsrecht gegen ihren Mitkontrahenten, den Verkäufer, geltend zu machen. Demgemäss ist der Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten begründet.

---

124. *Prescription. Caractère de vente en détail. Art. 146 et 147 C. O.*

**Fribourg.** Arrêt de la Cour de cassation du 30 juin 1896 d. l. c. Renz c. Fornerod.

Le tanneur Renz, qui fabrique et vend sa marchandise en quantités plus ou moins grandes, a fait au cordonnier Fornerod, qui s'approvisionnait régulièrement chez lui, une série de livraisons d'une importance variable, dont le prix total s'élevait à la date du 21 septembre 1889 à fr. 1253. 25. A la date du 21 décembre 1889, jour auquel les relations d'affaires entre parties ont cessé, Fornerod avait payé par acomptes fr. 833.90 à tant moins de cette somme, en sorte que Renz demeurait créancier d'un solde net de fr. 419. 35. Le 26 novembre 1895, Renz a notifié à Fornerod un commandement de payer du montant de ce chiffre. Fornerod a fait opposition, puis soulevé au cours de l'action qui lui a été ouverte une exception de prescription, fondée sur l'art. 147 n° 3 C. O., que le Tribunal de la Singine a admise. La Cour de cassation a annulé ce jugement.

Motifs: L'art. 147 n° 3 ne vise que la vente en détail au consommateur de petites quantités de marchandises, dans des boutiques, étalages, etc. Or, Renz est tanneur et vend

ses cuirs en gros et en détail. Au surplus, en consultant la note des marchandises par lui livrées à Fornerod, de 1884 à 1889, on constate que sur 29 livraisons faites en $5^1/_2$ ans, chacune de celles-ci avait une valeur moyenne de 43 fr.; d'autre part, les versements opérés par Fornerod atteignent le chiffre moyen de 60 fr. chacun. Il ne saurait donc être ici question d'une vente au détail à proprement parler.

Il faut aussi tenir compte de la situation respective des personnes en cause. Renz est un fabricant, qui vend des cuirs en plus ou moins grandes quantités, c'est vrai, mais chez lequel la qualité de fabricant prévaut évidemment sur celle de marchand; ce qui exclut l'hypothèse du marchand en détail prévue à l'art. 147 n⁰ 3 C. O. D'autre part, Fornerod n'est pas non plus un consommateur ordinaire, achetant des cuirs pour son usage personnel seulement, mais c'est un cordonnier, un artisan, qui manufacture des cuirs achetés par lui et revend à d'autres le produit de son travail, à ce second point de vue encore, l'art. 147 précité n'est pas applicable à l'espèce.

La prescription quinquennale prévue à dit article pourrait être opposée par l'agriculteur ou le simple particulier qui viendrait acheter, pour ses besoins personnels, une petite quantité de cuirs.[1] (Revue judiciaire XIII [1896] p. 157 ss.)

---

125. *Obligation de produire ses livres de commerce. Notion de „exploitation d'un commerce ou d'une industrie.“ Art. 879 C. O.*

**Neuchâtel.** Jugement du Tribunal cantonal du 9 avril 1896 d. l. c. Renfer c. Grisel.

Dans un procès intenté par Renfer à Grisel celui-ci a demandé reconventionnellement des sommes à titre de contrat de louage de services, et a invoqué comme preuve littérale tous les livres de comptabilité de Renfer. Renfer a fait opposition à ces moyens de preuve, en se fondant sur l'art. 268 du Code de proc. civ., aux termes duquel une partie a le droit d'exiger la production de titres en mains de l'autre partie, lorsqu'il s'agit de pièces qui ont été rédigées pour une affaire commune ou dans un intérêt commun. Or, dit-il, il ne peut être question d'intérêt commun aux deux parties ou d'affaire commune dans l'établissement des livres de comp-

---

[1]) Vgl. diese Revue, XII Nr. 95 und die dort citierten Entscheide in früheren Bänden.

tabilité de la maison Renfer. Le Tribunal a prononcé que l'opposition de Renfer aux moyens de preuve proposés par Grisel est bien fondée.

Motifs: Attendu que le Tribunal cantonal a prononcé, à différentes reprises déjà, que les livres de commerce ne rentrent pas de plein droit dans la catégorie des titres dont la production peut être exigée aux termes de cet article et que cette disposition de loi n'est applicable aux livres de commerce que dans la mesure où l'art. 879 C. O. consacre l'obligation de produire ces livres.

Attendu que cette obligation n'existe, selon l'art. 879 C. O., qu'en cas de contestations relatives à l'exploitation d'un commerce ou d'une industrie, ou plus exactement, selon le texte allemand, en cas de contestations sur des rapports de droit dérivant de l'exploitation d'un commerce ou d'une industrie.

Attendu, en l'espèce, que le rapport de droit qui a existé entre Renfer et son ancien caissier Grisel est un rapport de louage de services, et que sur ce rapport de droit la demande reconventionnelle de Grisel est fondée;

Qu'ainsi, la contestation actuelle ne dérive ni de relations commerciales qui auraient existé entre parties ni de l'exploitation par Renfer d'un commerce ou d'une fabrique.

Que, dans ces conditions, Grisel n'a pas le droit d'exiger de Renfer la production des livres de ce dernier.

(Jugements du Tribunal cantonal de Neuchâtel, IV p. 188 ss.)

---

**126.** ***Unfallversicherung zu Gunsten des Versicherten, seiner minderjährigen Kinder, Witwe, Eltern. Sind Stiefkinder inbegriffen?***

**Bern.** Urteil des App.- und Cass.-Hofes vom 14. Juni 1895 i. S. Burgergemeinde Biel gegen Unfallvers.-Ges. Le Soleil.

Die Burgergemeinde Biel hatte die bei der Holzausbeutung in ihren Waldungen beschäftigten Arbeiter gegen Unfälle bei der Unfallversicherungsgesellschaft Le Soleil versichert. Zum Bezug der Versicherungssumme im Fall von Tötung sind als berechtigt erklärt „die minderjährigen Kinder, Witwen, Eltern der Verunglückten," und zwar so, dass die volle Entschädigung gezahlt wird, wenn der Getötete einen Ehegatten und minderjährige Kinder, die Hälfte, wenn er bloss einen Ehegatten hinterlässt. Es kam der Fall vor, dass der Arbeiter J. Racine verunglückte und starb; er hinterliess eine Witwe, die aus einer früheren Ehe zwei

Kinder hatte. Sie beanspruchte die ganze Entschädigung, während die Gesellschaft nur die Hälfte bezahlen wollte. Der App.- und Cass.-Hof sanktionierte die letztere Ansicht.

Motive: Die Frage ist die, ob in der Bezeichnung „Kinder des Verunglückten" dessen Stiefkinder als inbegriffen zu betrachten seien. Nach dem allgemein üblichen Sprachgebrauche bedient man sich nur für die Descendenten einer Person des Ausdruckes „Kinder," und es war Sache der Klagpartei, nachzuweisen, dass Parteien und namentlich die Beklagte bei dem Vertragsabschlusse dem Ausdrucke eine weiter gehende, auch die Stiefkinder umfassende Bedeutung beigelegt haben. Die Klägerin hat sich aber bloss auf den Hinweis beschränkt, dass der Inhalt der Police von wirtschaftlichen Gesichtspunkten aus beurteilt werden müsse, dass es sich um den Ersatz für den Verlust des Versorgers handle und dass dieses Motiv des Abschlusses der Versicherung für die Stiefkinder in gleicher Weise zutreffe wie für die eigenen Kinder. Allein massgebend ist einzig der Vertragsinhalt, nicht die aus dem wirtschaftlichen Zwecke der Versicherung zu eruierende mutmassliche Absicht des Kontrahenten (b.-g. Entsch. XX S. 118 Conradin c. Conradin). Klägerin kann sich auch, eben weil der Ausdruck „Kinder" gemeiniglich auf Stiefkinder keine Anwendung findet, nicht darauf berufen, dass eine solche Vertragsbestimmung im Zweifelfalle zu Ungunsten dessen auszulegen sei, der sie verfasst hat und sich genauer hätte ausdrücken sollen, d. h. der Beklagten; denn der Wortlaut als solcher lässt keinen begründeten Zweifel darüber zu, dass nur die (eigenen) Kinder des Verunglückten als entschädigungsberechtigt hingestellt werden sollten, und es ist ja gerade die Klägerin, die dem fraglichen Ausdrucke eine demselben an sich nicht zukommende Bedeutung beigelegt wissen will.

(Zeitschr. des Bern. Jur.-Ver. XXXII S. 123 ff.)

---

**127.** *Kompetenzstücke. Nähmaschine bei einem Schuster auf dem Lande. Art. 92 Ziff. 3 B.-Ges. betr. Sch. und K.*

**Zürich.** Entscheid des Obergerichts als Aufsichtsbehörde über Schuldbetr. und Konk. v. 7. November 1895.

Von einem Schuster wurde eine bei ihm gepfändete Schusternähmaschine als Kompetenzstück angesprochen und von der Aufsichtsbehörde als solches anerkannt.

Gründe: Um zu beweisen, dass für einen Schuster auf dem Lande die Nähmaschine nicht ein zur selbständigen

Betreibung seines Berufes notwendiges Werkzeug bilde, hat der Gläubiger eine grössere Anzahl Privatzeugnisse von Schustern aus ländlichen Ortschaften des Kantons beigebracht, die dahin lauten, dass die Aussteller teils für ihre Arbeit eine Nähmaschine nicht verwenden und sie nicht für nötig halten, teils trotz Besitzes einer derartigen Maschine sie nur selten verwenden und nicht absolut notwendig erachten. Die erstinstanzliche Aufsichtsbehörde (wie schon das Betreibungsamt) hat sie als für den Schuldner unentbehrlich betrachtet, übereinstimmend mit dem bundesrätlichen Entscheide in Bd. II Nr. 19 des Archivs für Sch. und K. Immerhin ist nicht völlig ersichtlich, ob es sich in letzterem Fall ebenfalls um den Betrieb des Schusterberufes unter der Landbevölkerung gehandelt hat.

Es erschien daher die Einholung eines fachmännischen Gutachtens wünschenswert. Der Experte spricht sich unter einlässlicher Begründung dahin aus, dass eine Nähmaschine für den Schuhmacher ein notwendiges Werkzeug bilde und im vorliegenden Falle als Kompetenzstück zu betrachten sei. Dieser Auffassung ist beizupflichten. Es ist dabei auch die Tendenz des Gesetzgebers zu berücksichtigen, dass dem Schuldner die Möglichkeit bleiben soll, seinen Beruf als Meister weiter zu betreiben.

(Schweizer Blätter für h.-r. Entsch. XV [1896] S. 14.)

---

# I. Alphabetisches Sachregister.

# II. Gesetzesregister.

*I. Bundesverfassung.*



*II. Obligationenrecht.*

*XI. Bundesgesetz betr. Schuldbetreibung und Konkurs*, vom 11. April 1889.

| | | | |
|---|---|---|---|
| Art. 23 | Nr. 3. | Art. 271, 4 | Nr. 35. |
| „ 88 | „ 92. | „ 273, 279 | „ 94. |
| „ 92 | „ 85. 127. | „ 284 | „ 19. |
| „ 130 | „ 15. | „ 285 | „ 84. |
| „ 197 | „ 25. | „ 286 | „ 26. |
| „ 199 | „ 15. | „ 287 | „ 54. 83. |
| „ 213 | „ 25. 93. | „ 288 | „ 26. |
| „ 250 | „ 66. | „ 311 | „ 84. |
| „ 254, 260 | „ 82. | „ 328 | „ 65. |

*XII. Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege*, vom 22. März 1893.

| | | | |
|---|---|---|---|
| Art. 43 | Nr. 1. 113. | Art. 65 | Nr. 1. 5. 94. |
| „ 56 | „ 16. 66. 67. | „ 67 | „ 68. |
| „ 58 | „ 2. 3. 37. | „ 80, 81 | „ 6. |
| „ 59 | „ 4. | „ 81 Abs. 2 | „ 18. 69. |
| „ 63 | „ 94. | | |

*XIII. Bundesgesetz betr. polizeiliche Massnahmen gegen Viehseuchen.*

Art. 37 Nr. 9.

# III. Register nach Kantonen geordnet.

**Zürich.** — Nr. 31 (Art. 278 O. R.). — Nr. 35 (B.-Verf. Art. 59 und B.-G. über Sch. und K. Art. 271). — Nr. 63 (Art. 361 O. R.). — Nr. 64 (Art. 678, 717 O. R.). — Nr. 87 (Art. 201 O. R.). — Nr. 93 (Art. 213 B.-G. über Sch. und K.). — Nr. 122 (Art. 67 O. R.). — Nr. 127 (Art. 92 B.-G. über Sch. und K.).

**Bern.** — Nr. 89 (Art. 508 O. R.). — Nr. 126 (Unfallversicherung).

**Luzern.** — Nr. 91 (Art. 523 O. R.). — Nr. 92 (Art. 88 B.-G. über Sch. und K.).

**Freiburg.** — Nr. 124 (Art. 146, 147 C. O.).

**Baselstadt.** — Nr. 30 (Art. 246 O. R.). — Nr. 62 (Art. 277 O. R.). — Nr. 123 (Art. 128 O. R.).

**Basellandschaft.** — Nr. 32 (Art. 315 O. R.).

**St. Gallen.** — Nr. 65 (Art. 328 B.-G. über Sch. und K.).

**Graubünden.** — Nr. 58 (Art. 50 O. R.).

**Aargau.** — Nr. 28 (Art. 19, 25 O. R.).

**Thurgau.** — Nr. 36 (Art. 22, 24, 32 B.-G. über die civilrechtl. Verh. der Niedergel.). — Nr. 60 (Art. 128 O. R.).

**Vaud.** — Nr. 33 (Art. 142, 526, 555 C. O.). — Nr. 61 (Art. 246 C. O.). — Nr. 86 (Art. 16 C. O.).

**Neuchâtel.** — Nr. 88 (Art. 122, 354 C. O.). — Nr. 125 (Art. 879 C. O.).

**Genève.** — Nr. 29 (Art. 111, 277 C. O.). — Nr. 34 (Art. 813, 827 C. O.). — Nr. 59 (Art. 55, 61 C. O.).

# Revue

der

# Gerichtspraxis im Gebiet

des

# Bundescivilrechts

XV. Band

---

# Revue

de la

# Jurisprudence en matière

de

# droit civil fédéral

XVe Volume

Basel
R. Reich, vormals C. Detloff's Buchhandlung
1897.

# Revue
der
# Gerichtspraxis im Gebiete
des
# Bundescivilrechts
XV. Band

---

# Revue
de la
# Jurisprudence en matière
de
# droit civil fédéral
XVe Volume

Beilage zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge Band XVI.

Basel
R. Reich, vormals C. Detloff's Buchhandlung
1897.

## A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

1. *B.-Ges. betr. Organisation der Bundesrechtspflege v. 22. März 1893, Art. 56. Unstatthaftigkeit der Berufung gegen Schiedssprüche.*

Gegen Schiedssprüche ist, wie das Bundesgericht wiederholt ausgesprochen hat, das Rechtsmittel der Berufung an dasselbe nicht statthaft (s. b.-g. Entsch. A. S. Bd XII S. 144 und XXII S. 89). Demnach auch nicht gegen Entscheidungen des zürcherischen Handelsgerichts, welche dasselbe gemäss § 102 des zürcherischen Rechtspflegegesetzes als Schiedsgericht ausgefällt hat. (In casu handelte es sich um eine civilrechtliche Patentstreitigkeit gegen einen im Kanton Aargau wohnhaften Beklagten, zu deren Beurteilung das Handelsgericht von beiden Parteien angerufen worden und deren Entscheidung es unter Berufung auf § 220 und 102 des zürcherischen Rechtspflegegesetzes als Schiedsgericht übernommen hatte.) (Entsch. i. S. Dolivo-Dobrowolsky & Cie c. Brown, Boveri & Cie vom 9. Oktober 1896.)

2. *Art. 15 und 16 O. R. Beweiskraft des Schuldscheins. Einrede der Simulation. Negotium mixtum cum donatione.*

C. S. S. von Küsnacht, Kanton Schwyz, ein geistig etwas beschränkter, schwer kranker Mann, der ein kleines Vermögen von einigen tausend Franken besass, hatte um Neujahr 1894 Wohnung bei den klägerischen Eheleuten bezogen und hatte später von denselben zeitweise auch Kost und Pflege empfangen. Am 26. April 1894 stellte er den Klägern folgenden Schuldschein aus: „Der Unterzeichnete bescheint hiemit den Eheleuten K.-B. und der Frau K. geb. Sch. für Abwart, Pflege, Kost und Logis und gemachte Vorschüsse bis und mit heute die Summe von Fr. 3500. — schreibe Dreitausend und fünfhundert Franken schuldig geworden zu sein.“ Nach dem am 19. Mai 1894 erfolgten Tode des C. S. S. bestritten dessen Erben die Gültigkeit des Schuldscheins vom 26. April 1894, indem sie unter anderem geltend machten, derselbe sei simuliert, er enthalte eine verschleierte letztwillige Verfügung oder

Schenkung. Das Obergericht des Kantons Zug erkannte dahin: Die Forderung der Kläger sei „auf das gesetzliche Mass zurückgeführt," indem es ausführte:

Nach § 305 des zugerischen Erbrechts sei der Pflichtteilsberechtigte befugt, die Gültigkeit eines Geschäftes unter Lebenden anzufechten, sofern dasselbe wesentlich die Absicht berge, das Erbgesetz zu umgehen, oder den Erben den Pflichtteil zu entziehen, und § 304 ibidem schreibe vor, dass, wenn letztwillig über mehr, als gesetzlich erlaubt, verfügt worden, die letztwillige Verfügung auf das gesetzliche Mass zurückzuführen sei. Nach der Lage der Akten könne nun gar keinem Zweifel unterliegen, dass C. S. S. durch Ausstellung des Schuldscheins von Fr. 3500. — zu Gunsten der Familie B., quasi eine letztwillige Verfügung im Auge gehabt und dabei beabsichtigt habe, den Erben den Pflichtteil zu entziehen. Da nun über mehr, als gesetzlich erlaubt, verfügt worden sei, sei demnach die Verfügung auf das gesetzliche Mass zurückzuführen.

In dem bundesgerichtlichen Urteil wird ausgeführt: Die von den Beklagten erhobene Einrede stellt sich rechtlich dar als Einrede der Simulation, indem mit derselben geltend gemacht wird, das von den Parteien erklärte Rechtsgeschäft sei von denselben gar nicht gewollt, es sei nur vorgeschützt, um die Wirkungen eines andern, aber ungültigen Geschäfts herbeizuführen. Für die Beurteilung dieser Einrede ist das Bundesgericht insoweit kompetent, als es sich um die Frage handelt, ob das erklärte Rechtsgeschäft wirklich dem Thatbestand einer Schuldanerkennung entspreche, denn insoweit handelt es sich um eine Frage des eidgenössischen Rechts. Dagegen ist, wenn feststeht, dass der Thatbestand einer Schuldanerkennung nicht vorliegt, für die Beurteilung der weitern Frage das kantonale Recht massgebend, ob das unter der simulierten Form sich bergende, wirklich gewollte Rechtsgeschäft ganz oder teilweise ungültig sei, und ist das Bundesgericht daher zur Ueberprüfung der vorinstanzlichen Entscheidung über diesen letztern Punkt nicht kompetent.

Bei der Prüfung der Frage nun, ob dem Schuldbekenntnis des S. ein wirkliches Schuldverhältnis zu Grunde liege, ist nach allgemeinem Rechtsgrundsatz davon auszugehen, dass die Kläger durch den Schuldschein den ihnen obliegenden Beweis erbracht haben; denn der Schuldschein beweist den Bestand der Schuld, und es liegt den Beklagten der Beweis dafür ob, wenn dieselben behaupten, dass dem Schuldbekenntnis keine, oder keine gültige causa zu Grunde liege. Diesen

Gegenbeweis hat die Vorinstanz nun allerdings als erbracht angesehen, indem sie das Schuldbekenntnis des S. als ein fiktives, lediglich zur Umgehung der kantonalrechtlichen Bestimmungen über den Pflichtteil bestimmtes Obligo bezeichnete. Als rechtsirrtümlich oder aktenwidrig kann diese Entscheidung jedenfalls insoweit nicht bezeichnet werden, als in dem Schuldschein die Leistung von Vorschüssen als Schuldgrund angegeben wird. Nicht das gleiche kann dagegen schlechthin rücksichtlich der andern in dem Schuldschein aufgeführten Schuldgründe gesagt werden. In dieser Beziehung ist die Annahme der Vorinstanz, dass S. den Eheleuten B. gar nichts geschuldet habe, teilweise aktenwidrig; denn die Beklagten haben selbst immer zugegeben, dass S. den Klägern wenigstens etwas Mietzins möge geschuldet haben; auch geht aus den Akten hervor, dass die Kläger bezüglich Abwart und Pflege Leistungen gemacht haben, für welche unter den vorliegenden Verhältnissen eine angemessene Vergütung zu erwarten, und daher auch geschuldet war; dass sie für diese Leistungen bezahlt worden seien, ist möglich, ja wahrscheinlich, allein ein Beweis dafür ist nicht erbracht. Der Schuldschein, den S. zu Gunsten der Kläger ausgestellt hat, erscheint hiernach als ein negotium mixtum cum donatione. Eine wirkliche Schuldanerkennung besteht insoweit, als es sich um angemessene Entschädigung für Abwart, Pflege und Wohnung handelt; soweit den Klägern ein Mehreres zugestanden wird, liegt dagegen eine Schenkung vor. Auf den Betrag einer angemessenen Entschädigung für Wohnung, Abwart und Pflege (welche in casu vom Bundesgericht auf Fr. 300. — festgesetzt wurde) besteht demnach eine unbedingte Schuldpflicht der Beklagten, während im übrigen das Zahlungsversprechen als Schenkung (nach der vorinstanzlichen Entscheidung) der Reduktion wegen Pflichtteilsverletzung unterliegt. (Entsch. i. S. Eheleute Bär-Schicker c. Erben Sidler v. 9. Oktober 1896.)

3. *Art. 16, 517 O. R. Im Geltungsbereiche des O. R., also auch für Leibrentenverträge, sind kantonale Prozessvorschriften, welche den Beweis der Simulation gegenüber öffentlichen Urkunden ausschliessen, aufgehoben. — Begriff der Simulation.*

Le contrat de rente viagère étant régi par le code fédéral des obligations (art. 517 et suiv.), l'art. 16 des dispositions générales de ce Code, relatif à l'interprétation des contrats, lui est

également applicable. Cet article admet la preuve de la simulation entre les parties contractantes sans distinguer le cas où l'acte prétendu simulé est un acte sous seing privé de celui où il revêt la forme authentique. Cette disposition a implicitement abrogé, en ce qui concerne les contrats soumis au droit fédéral des obligations, celles du droit cantonal qui auraient pour but d'interdire ou de restreindre la preuve de la simulation à l'égard des actes authentiques.

Le sieur Ch. allègue uniquement, pour combattre en principe la validité de l'engagement qu'il a pris en la forme, comme débiteur de la rente stipulée en faveur de V., que cet engagement n'était pas sérieux et ne devait, d'après l'intention commune des parties, l'obliger en aucune manière vis-à-vis du crédit-rentier. Le recourant conteste tout d'abord la recevabilité de ce moyen et soutient que la simulation dont l'art. 16 C. O. admet la preuve consiste dans le fait des contractants de déguiser *„la nature véritable de la convention,“* par où il faudrait entendre uniquement la qualification, la forme juridique qu'ils auraient dû donner à cette convention d'après son contenu. Par contre le dit article ne permettrait pas à celui qui a déclaré s'obliger de prouver qu'il n'a revêtu la qualité de débiteur que par simulation.

Cette manière de voir est erronée. Par *nature (Beschaffenheit)* de la convention, il faut entendre non seulement sa qualification juridique et sa forme extérieure, mais toutes les stipulations et modalités, en un mot tous les éléments qui la constituent. La notion de la simulation, au sens de l'art. 16 C. O., n'est pas différente de celle généralement admise par la doctrine, d'après laquelle il y a simulation toutes les fois que les parties sont d'accord que leur volonté exprimée dans le contrat n'aura pas les effets qu'elle devrait avoir naturellement et normalement d'après les termes qui l'expriment. Notamment il y a simulation lorsque d'après l'intention commune des parties, l'engagement contracté en la forme par l'une d'elles ne doit déployer en réalité aucun effet. (Entsch. i. S. Vermeil c. Chaubert vom 2. Oktober 1896.)

---

4. *Art. 67 O. R. Die Verantwortlichkeit aus Art. 67 O. R. ist nicht bloss subsidiärer Natur. Begriff des „Werkes“ im Sinne dieses Artikels.*

Während der Kläger als Angestellter des Malermeisters St. mit dem Anstreichen eines Hauses beschäftigt war, brach

das (von der beklagten Baufirma erstellte) Laufgerüst, auf welchem er stand, plötzlich ohne äussere Veranlassung teilweise zusammen, der Kläger stürzte infolgedessen auf die Strasse und erlitt eine schwere Körperverletzung, für welche er die Beklagte als Eigentümerin des Gerüstes gestützt auf Art. 67 O. R. auf Schadenersatz belangte. Zwei Arbeiter der beklagten Firma sind, weil sie aus Nachlässigkeit den äusseren Träger des obersten Gerüstes ungenügend, mit nur je einem Nagel an der senkrechten Stange befestigt hatten, wegen fahrlässiger Körperverletzung strafrechtlich verurteilt worden. Das Bundesgericht hat die Klage gutgeheissen, aus folgenden Gründen: Es ist zunächst der Behauptung der Beklagten entgegen zu treten, die dahin geht, Art. 67 habe lediglich subsidiären Charakter, dem Kläger stehe in erster Linie ein Klagerecht aus Art. 50 und ff. O. R. gegen die beiden Arbeiter, welche erwiesenermassen den Unfall durch ihre Nachlässigkeit verschuldet haben, zu, und er könnte gestützt auf Art. 67 O. R. die Beklagte erst belangen, wenn er gegen diese Arbeiter geklagt hätte, und nur für denjenigen Betrag des Schadens, der mit einer solchen Klage nicht gedeckt würde. Dass Art. 67 O. R. dem Geschädigten nur einen subsidiären Anspruch gegen den Eigentümer des Gebäudes oder Werkes, durch dessen mangelhafte Anlage oder Unterhaltung er Schaden gelitten hat, gewähre, ist in dem Bundesgesetz weder ausdrücklich ausgesprochen, noch ergiebt sich diese Annahme aus allgemeinen, demselben innewohnenden Rechtsgrundsätzen. Zweifellos steht dem durch ein mangelhaftes Gebäude oder Werk Geschädigten auch die allgemeine Schadenersatzklage aus Art. 50 und ff. gegen denjenigen zu, durch dessen Verschulden die Schädigung bewirkt worden ist, und geht diese Klage auf Ersatz des nämlichen Schadens, wie die Klage aus Art. 67. Allein damit ist für die Subsidiarität der letzteren nichts bewiesen. Wenn auch die beiden Klagen auf das gleiche Ziel gehen, so haben sie doch einen vollständig verschiedenen Klagegrund, indem die vorliegende Klage sich auf eine obligatio ex lege, diejenige gegen die schuldhaften Arbeiter dagegen auf ein Delikt gründet. Es besteht also eine Konkurrenz von Klagen, die auf das nämliche Ziel gerichtet sind, und hiebei gilt allerdings der Grundsatz, dass der Kläger dasjenige, was er durch die Anhebung der einen Klage verlangt hat, mit der andern nicht zum zweitenmal fordern kann; dagegen ist nicht einzusehen, weshalb es nicht seinem freien Ermessen anheimgestellt bleiben sollte, welche der beiden Klagen er anstellen wolle.

Im weiteren hat die Beklagte nachzuweisen versucht, dass der Thatbestand des Art. 67 vorliegend nicht zutreffe, indem das von ihr erstellte Gerüst kein Werk im Sinn dieses Artikels sei. Eine Definition dieses Begriffes hat der Gesetzgeber nicht gegeben. Daraus darf nun allerdings, wie die Beklagte mit Recht hervorgehoben hat, nicht gefolgert werden, dass einfach der Sprachgebrauch entscheidend, und alles dasjenige unter den Begriff eines Werkes im Sinne des genannten Artikels gerechnet werden dürfe, was die Sprache mit diesem Namen zu bezeichnen pflegt. Dass eine solche Interpretation den Willen des Gesetzes nicht trifft, zeigt schon die Fassung des Art. 67, wo nicht etwa von Werken schlechthin, sondern „Gebäuden oder andern Werken“ die Rede ist, so dass also jedenfalls die in diesem Artikel gemeinten Werke eine gewisse Verwandtschaft mit Gebäuden haben müssen. Demgemäss ist der Beklagten wohl darin beizustimmen, dass in Art. 67 unter Werk eine dem Gebäude ähnliche Anlage verstanden sei, und unter diesen Begriff somit weder jedes Werk fällt, das im Sprachgebrauche so bezeichnet wird, noch auch schlechthin jedes Produkt, das im Sinne der Art. 350 ff. des Bundesgesetzes als Werk anzusehen ist. Zu weit geht es dagegen, wenn die Beklagte eine mit Grund und Boden verbundene unbewegliche Anlage, und insbesondere eine fertige Anlage, „ein vollendetes Werk,“ verlangt. Zu dieser einschränkenden Begriffsbestimmung zwingt weder die ratio legis, noch die Fassung des Art. 67; damit ein Werk einem Gebäude ähnlich genannt werden kann, braucht dasselbe nicht notwendig ein unbewegliches zu sein. Der Grund sodann, warum den Gebäuden in diesem Artikel auch noch andere Werke gleichgestellt werden, kann doch wohl nur darin bestehen, dass auch bei anderen Werken die gleiche, oder eine ähnliche Gefahr der Schädigung durch mangelhafte Anlage oder Unterhaltung besteht, wie bei Gebäuden, und deshalb der gleiche Rechtsschutz gegenüber Schädigungen durch jene, wie durch diese am Platze ist. Nun kann aber diese Gefahr bei beweglichen Anlagen ebensowohl bestehen, wie bei unbeweglichen. Ebenso ist einleuchtend, dass es auf die Gefahr des Einsturzes oder anderweitiger schädigender Ereignisse keinen Einfluss hat, ob die Anlage vollendet sei oder nicht, oder ob es sich um eine Anlage von selbständiger Zweckbestimmung, oder nur, wie dies bei einem Baugerüst der Fall ist, um eine Hülfskonstruktion zu vorübergehendem Gebrauche handle.

Muss sonach das in Frage stehende Baugerüst als ein Werk im Sinne des Art. 67 betrachtet werden, so ist die Schadenersatzpflicht der Beklagten begründet, sofern der Unfall des Klägers durch mangelhafte Unterhaltung oder fehlerhafte Anlage oder Herstellung desselben verursacht worden ist. Diese Voraussetzung trifft zu; denn es ist durch die kantonalen Gerichte, in Uebereinstimmung mit dem Expertengutachten, thatsächlich festgestellt, dass der Einsturz des Gerüstes in Folge des Zusammenbruchs des Gerüstträgers eingetreten, also auf eine fehlerhafte Anlage des Werkes zurückzuführen ist; ebenso steht fest, dass dieser Einsturz des Gerüstes den Unfall des Klägers verursacht hat, sowie dass die durch die Expertise konstatierten bleibenden Nachteile die Folge des Unfalls sind. Eines Verschuldens des Eigentümers des Werkes bedarf es zur Begründung seiner Haftbarkeit für Schädigungen, die aus mangelhaftem Unterhalt oder fehlerhafter Anlage desselben entstanden sind, wie das Bundesgericht wiederholt ausgesprochen hat (A.S. Bd XI, S. 536, D. 3, XV S. 638, E. 3.), nicht; die Schadenersatzpflicht der Beklagten ist vielmehr schon durch die objektive Fehlerhaftigkeit ihrer Anlage begründet. (Entsch. i. S. Lauffer & Franzeschetti c. Zacchia vom 17. Oktober 1896.)[1])

---

5. *Art. 59 B.-Ges. über Organisation der B.-R.-Pflege. Art. 250 Schuldbetreib. und Konkursgesetz. Art 603, Abs. 2, O. R. Streitwert bei Einspruchsstreitigkeiten im Konkurse. Stellung der Gläubiger einer aufgelösten Kommanditgesellschaft im Konkurse des ehemaligen unbeschränkt haftenden Gesellschafters, welcher Aktiven und Passiven der Gesellschaft übernommen hat, gegenüber dem Anspruche des ehemaligen Kommanditärs auf Rückgabe der Kommanditsumme.*

Massgebend für den Streitwert bei Einspruchsstreitigkeiten im Konkurs ist die Forderung des Beklagten, da diese den Gegenstand des Rechtsstreites bildet, und materiell der Beklagte als Ansprecher erscheint. Fragen könnte sich bloss, ob der Streitwert nach dem Nominalbetrage, zu welchem die Forderung geltend gemacht worden ist, oder etwa nur nach demjenigen Betrage zu berechnen sei, zu welchem dieselbe voraussichtlich in dem Konkurse Befriedigung erlangen wird. Diese Frage hat jedoch das Bundesgericht in

---

[1]) Vergl. das bezügliche kantonale Urteil (Zürich) in der Revue, XIV Nr. 122.

seinem Urteile vom 10. November 1893 in Sachen Jäggi & Cie gegen Erben Segesser (Amtl. Sammlung Bd. XIX, S. 840 Erw. 2) dahin entschieden, dass der Streitwert nach dem vollen Betrage, zu welchem die Forderung im Konkurse geltend gemacht worden ist, sich bestimmt, und es ist kein Grund vorhanden, hievon abzugehen.

Wenn eine Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft in der Art aufgelöst wird, dass ein Gesellschafter Aktiven und Passiven der Gesellschaft übernimmt, so ist ein späterer Konkurs des Geschäftsübernehmers nur Konkurs eines Einzelkaufmanns und in keinem Sinne mehr Gesellschaftskonkurs. Es haben in diesem Konkurs die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft keinerlei Vorrecht vor den übrigen (Privat-) Gläubigern des Geschäftübernehmers zu beanspruchen, sondern konkurrieren mit diesen zu gleichen Rechten. (Entsch. A. S. Bd XIII, S. 79 f.) Die Gläubiger einer auf andere Weise als durch den Konkurs aufgelösten Kommanditgesellschaft besitzen gegen den Kommanditär, insoweit als die Kommanditsumme noch nicht eingeworfen, oder wieder zurückgezogen worden ist, allerdings nach Art. 603 Art. 2 O. R. ein direktes Klagerecht. Dagegen sind sie nicht berechtigt, dem Kommanditär seine Forderung (auf Rückerstattung der Kommanditsumme), die er als Privatgläubiger im Konkurse des ehemaligen unbeschränkt haftenden Gesellschafters, welcher Aktiven und Passiven der Kommanditgesellschaft übernommen hat, geltend machte, streitig zu machen. Im Verhältnis nach innen ist der ehemalige Kommanditär (soweit die Einlage nicht durch Verlustanteile aufgezehrt oder der Verlustanteil ihm nachgelassen ist) Gläubiger des ehemaligen unbeschränkt haftenden Gesellschafters; er verlangt daher in dem Privatkonkurs des letzteren mit Recht Befriedigung für seine Forderung, und die Gesellschaftsgläubiger können ihm dieselbe nicht deshalb bestreiten, weil er ihnen gegenüber für ihre Forderungen haftbar sei. Denn diese letztern Forderungen stehen ja gar nicht demjenigen zu, gegen welchen der Kommanditär seine Forderung geltend macht, nämlich dem Geschäftsübernehmer, resp. dessen Masse, sondern ausschliesslich den Gesellschaftsgläubigern. (Entsch. vom 26. September 1896 i. S. Ingold und Genossen c. Dellacasa.)

---

**6.** *Art. 890 O. R. Konkordat betreffend die Viehhauptmängel vom 5. August 1852. Soweit über die Gewährleistung beim Viehhandel das kantonale resp. Konkordatsrecht keine Spezialbestimmungen enthält, sind die Grundsätze des eidg. O. R. subsidiär anwendbar.*

Art. 890 bezweckt nicht die Gewährleistung beim Viehhandel aus dem Bereiche des im übrigen einheitlich geordneten Mobiliarverkehrsrechts auszuscheiden und darin schlechthin den Kantonen die Gesetzgebungsbefugnis zuzuweisen, sondern es werden dadurch bloss die bestehenden oder zu erlassenden speziellen Vorschriften der Kantone vorbehalten für so lange, bis ein bezügliches eidgenössisches Spezialgesetz erlassen werden wird. Konstitutionelle Gründe oder Bedenken über die Zulässigkeit einheitlicher Regelung der Materie konnten nicht bestehen, und es waren lediglich Zweckmässigkeitsrücksichten, welche den Gesetzgeber veranlassten, dieselbe zu verschieben (vergl. Schneider & Fick, Kommentar zu Art. 890 O. R. Anmerkg 1; Soldan, Le code fédéral des obligations, S. 193). Inzwischen nun sollte es wohl den Kantonen vorbehalten bleiben, durch Spezialvorschriften die Materie zu ordnen; dagegen lag es dem Gesetzgeber fern, auch das kantonale gemeine Vertragsrecht auf diesem Gebiete fortbestehen zu lassen, so dass da, wo eine solche Spezialgesetzgebung mangelt, die Bestimmungen des schweizerischen Obligationenrechts Platz greifen (vergl. Hafner, Kommentar zu Art. 890 Anmerkg 2; Haberstich, Handbuch des schweizerischen Obligationenrechts Bd II, S. 48; Urteile des zürcherischen und des thurgauischen Obergerichts in den handelsrechtlichen Entscheidungen Bd IV, S. 124 und in der Revue der Gerichtspraxis Bd X, S. 147). Das Bundesgericht hat demnach entschieden, dass die Zusicherung der Vollbluteigenschaft verkaufter (bezw. vertauschter) Pferde sich, sofern das massgebende kantonale Recht keine einschlagenden Spezialbestimmungen enthalte (was für das Konkordat über die Viehhauptmängel vom 5. VIII. 52 nicht zutreffe), sich nach den Grundsätzen des eidg. O. R. beurteile. (Entsch. vom 25. September 1896 i. S. Bloch c. von Gülich.)

---

7. *Art. 56 B.-Ges. über Org. d. B.-R.-Pflege. Art. 896 O. R. In wie weit ist für Streitigkeiten aus Versicherungsverträgen (insbesondere aus Kantonen, deren Gesetzgebung den Versicherungsvertrag normiert) eidgenössisches Recht anwendbar und somit das Bundesgericht kompetent?*

Rücksichtlich des anzuwendenden Rechts hat das Bundesgericht in konstanter Praxis an der Auffassung festgehalten, dass, insoweit nicht kantonale Spezialbestimmungen über den Versicherungsvertrag zur Anwendung kommen, derselbe nach

den allgemeinen Normen des eidg. O. R. zu beurteilen sei (vergl. bundesger. Entsch. A. S. Bd XV, S. 412 Erw. 4, 610 Erw. 2, XIV, S. 288, XX, S. 114 Erw. 2, 167 Erw. 1 u. a.). Nach dieser Auffassung gehört also der Versicherungsvertrag grundsätzlich dem eidgenössischen Rechte an, und findet das kantonale Recht nur in soweit Anwendung, als jeweilen einzelne Fragen dieser Materie durch besondere Bestimmungen desselben geordnet werden. Auch rücksichtlich der rechtlichen Natur der Streitsache ist somit die Kompetenz des Bundes gerichtes grundsätzlich gegeben. Dasselbe ist jedoch an die Entscheidung des kantonalen Gerichts gebunden, soweit Streitpunkte in Frage stehen, welche durch besondere Bestimmungen des kantonalen Rechts über den Versicherungsvertrag normiert sind. In der Sache selbst handelt es sich heute nur noch um die beiden Fragen, ob der zwischen den Parteien abgeschlossene Versicherungsvertrag wegen täuschender Angaben des Versicherten, sowie deswegen für die Beklagte unverbindlich sei, weil eine unzulässige Doppelversicherung vorliege. Was nun zunächst die Einrede der unzulässigen Doppelversicherung anbetrifft, so ist dieselbe zweifellos nicht nach eidgenössischem, sondern nach kantonalem Recht zu beurteilen, da das zürcherische privatrechtliche Gesetzbuch in § 504 eine ausdrückliche Bestimmung über die Unzulässigkeit der Doppelversicherung enthält. Nach dieser Spezialbestimmung ist die Frage zu beantworten, ob der Thatbestand einer Doppelversicherung im gegebenen Falle vorhanden sei, und welche rechtlichen Folgen sich daran knüpfen. Wenn daher die Vorinstanz angenommen hat, eine Doppelversicherung liege in concreto nicht vor, so handelt es sich hiebei ausschliesslich um die Entscheidung einer kantonalrechtlichen Frage, deren Ueberprüfung dem Bundesgericht entzogen ist. Ebenso verhält es sich bei der Einrede, die Beklagte sei beim Abschluss des Versicherungsvertrages durch unwahre Angaben des Klägers getäuscht worden. Auch über diesen Punkt enthält das zürcherische privatrechtliche Gesetzbuch in § 509 eine ausdrückliche Bestimmung; dieser Paragraph bestimmt, der Versicherte dürfe den Versicherer nicht durch unwahre Angaben oder durch unredliche Verschweigung einflussreicher Umstände zu täuschen oder zur Versicherung zu bewegen suchen, und normiert zugleich die Folgen dieses Verbotes dahin, dass der Versicherte, sofern ihm eine erhebliche Verschuldung zur Last fällt, allen Anspruch auf die Versicherungssumme verliert, und weder die bezahlten Prämien zurückfordern, noch die Bezahlung der

zur Zeit der Entdeckung seiner Schuld bereits verfallenen und der laufenden Prämie verweigern darf. Ob sich der Kläger unwahrer Angaben schuldig gemacht hat, die geeignet sind, seinen Anspruch auf die Versicherungssumme zu verwirken, bemisst sich nach dieser kantonalen Gesetzesbestimmung. Bei der Beantwortung dieser Frage handelt es sich ausschliesslich um kantonale Rechtsanwendung, und es ist daher das Bundesgericht auch in diesem Punkte an die Entscheidung des kantonalen Gerichts gebunden. Unstichhaltig ist der Einwand der Beklagten, es handle sich hier hauptsächlich um die Frage, ob das Wissen des Agenten den Thatbestand der Täuschung der Versicherungsgesellschaft ausschliesse, und diese Frage sei im kantonalen Rechte nicht geregelt; auch diese Frage wird vielmehr ausschliesslich durch § 509 cit. beherrscht, indem eben nach Massgabe dieser Bestimmung die Entscheidung darüber zu treffen ist, ob der Thatbestand der Täuschung und eine erhebliche Verschuldung des Versicherten auch dann vorliege, wenn der Agent, der die Angaben desselben zu Handen des Versicherers entgegengenommen hat, von der wahren Sachlage unterrichtet ist. (Entsch. vom 23. Oktober 1896 i. S. Basler Versicherungsgesellschaft gegen Feuerschaden c. Demuth.)

---

8. *Art. 56 B.-Ges. über Organisation der B.-R.-Pflege. Art. 5 des Bundesgesetzes betr. die persönliche Handlungsfähigkeit, vom 22. Juni 1881. Gegen Entmündigungsurteile kantonaler Gerichte ist die Berufung an das Bundesgericht nicht zulässig.*

Die Frage, ob ein Entmündigungsantrag begründet sei, kann einzig nach kantonalem Rechte beurteilt werden. Wenn auch das Bundesgesetz betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit vom 22. Juni 1881 in Art. 5 gewisse Bestimmungen über die Bevormundung von Volljährigen enthält, so sind diese, wie in konstanter Praxis festgehalten worden, nicht als Entscheidungsnormen, sondern lediglich als bundesrechtliche Schranken für den kantonalen Gesetzgeber und Richter aufzufassen (vrgl. Amtl. Sammlg der bundesgerichtl. Entscheidungen VIII p. 846 und 847). Urteile kantonaler Gerichte in Entmündigungssachen können daher nicht im Wege der Weiterziehung nach Art. 56 u. f. O. G. beim Bundesgerichte angefochten werden. (Entsch. vom 8. Oktober 1896 i. S. Liechti c. Vormundschaftsbehörde Mühleberg.)

---

9. *Bundesgesetz betr. die Verbindlichkeit zur Abtretung von Privatrechten vom 1. Mai 1850 Art. 1, 6, 7, 12, 20, 26, 35, 40. Kompetenz des Bundesgerichts im Expropriationsverfahren über den Bestand von Privatrechten zu entscheiden, für welche Entschädigung verlangt wird.*

Frau H.-G. besitzt an der Baslerstrasse in der Stadt Luzern ein Wohnhaus; hinter demselben befand sich schon früher die Eisenbahnlinie der schweizerischen Centralbahn, die infolge der Veränderung der Zufahrtslinien zum Luzerner Bahnhof erhöht werden sollte. Zu dieser Bahnbaute hat Frau H.-G. kein Land abzutreten, dagegen behauptet sie, dass durch die Erhöhung des Dammes auf 5,10 m. ein ihr zustehendes dingliches Recht verletzt werde; es liege ein Eingriff in ein durch das städtische Baugesetz geschaffenes Nachbarrecht, eine Legalservitut, vor, wonach eine Baute wenigstens 20 Fuss von einem bereits bestehenden Nachbargebäude entfernt bleiben müsse. In diesem Sinne machte Frau H. eine Forderungseingabe. Die Bahngesellschaft machte geltend, dass ein Expropriationsfall hier überhaupt nicht vorhanden sei. Sie bestritt die Existenz des behaupteten Rechts und beantragte deshalb gänzliche Abweisung der Forderung.

Ueber die Frage, ob das Bundesgericht kompetent sei, über den Bestand des Rechtes im Expropriationsverfahren zu entscheiden, für welches Entschädigung verlangt wird, ist in der bundesgerichtlichen Entscheidung bemerkt: Gegenstand des Expropriationsprozesses bildet nach Art. 26 des Bundesgesetzes über die Abtretung von Privatrechten die Prüfung der seitens des Abtretungspflichtigen im Sinne der Art. 12 Ziffer 2 und Art. 20 dieses Gesetzes gemachten Eingaben, und die Ausmittlung der Leistungen, welche sowohl in Bezug auf die Entschädigung des Abtretungspflichtigen, als auf die gemäss den Art. 6 und 7 gestellten Forderungen dem Bauunternehmer aufzulegen sind. Eine Kompetenzbestimmung hinsichtlich Streitigkeiten über das Bestehen oder den Umfang der Rechte, aus welchen die genannten Forderungen gegenüber dem Bauunternehmer hergeleitet werden, enthält das Expropriationsgesetz nicht. Es scheint daher der Schluss nahe zu liegen, dass der eidgenössische Expropriationsprozess sich auf die Evaluierung der dem Bauunternehmer aufzuerlegenden Leistungen beschränke, die Feststellung der Rechtsverhältnisse dagegen, welche der daherige Anspruch zur Voraussetzung hat, eine Sache für sich und Gegenstand des ordentlichen Civilprozesses, also von demjenigen Richter zu begehren sei, der gemäss der Natur des fraglichen Rechts

zur Beurteilung desselben kompetent ist. Einen Anhaltspunkt für diese Anschauung ist man versucht darin zu erblicken, dass gemäss Art. 26 des Expropriationsgesetzes zur Entscheidung der Expropriationsstreitigkeiten zunächst nicht eine Gerichtsbehörde, sondern eine Schatzungskommission berufen ist, deren Entscheid die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils erlangt, sofern nicht nach Art. 35 desselben Gesetzes gegen denselben an das Bundesgericht Beschwerde geführt wird, und es ist nicht zu bezweifeln, dass der Gesetzgeber jener Behörde offenbar lediglich die Entscheidung von Schatzungsfragen, und nicht auch von Rechtsfragen hat übertragen wollen. Hieraus folgt nun aber nicht, dass auch für das Bundesgericht die gleiche Beschränkung gelte. Nach Art. 40 des Bundesgesetzes vom 1. Mai 1850 gelten in Beziehung auf das Verfahren vor dem Bundesgericht „die diesfälligen allgemeinen Bestimmungen," d. h. die Vorschriften des Bundesgesetzes über das Verfahren vor dem Bundesgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, wonach der Expropriationsprozess vor dem Bundesgericht in den Formen des Civilprozesses, der an dasselbe als erste und einzige Instanz gebracht wird, durchzuführen ist. Die Stellung des Bundesgerichts im Expropriationsprozess ist also vom Gesetzgeber nicht etwa als diejenige einer zweiten Instanz im Sinne des gewöhnlichen Civilprozesses gedacht, so dass seine Kognition lediglich in der Ueberprüfung des Entscheides der Schatzungskommission bestünde; vielmehr ist dasselbe auch hier die einzige Gerichtsinstanz und kommt somit der Schatzungskommission lediglich eine Art von Präliminarkognition zu, woran nichts ändert, dass ihr Entscheid in Rechtskraft erwächst, sofern die Parteien sich dabei beruhigen. Erweist sich aber hienach der Einwand als unstichhaltig, dass der eidgenössische Expropriationsprozess überhaupt nur auf die Behandlung von Schatzungsfragen angelegt sei, so mangelt es auch an einem hinreichenden Grunde für die Annahme, dass die Entscheidung über das Bestehen oder den Umfang eines Rechts, aus dem eine Expropriationsforderung hergeleitet wird, dem im Expropriationsprozesse urteilenden Richter, also dem Bundesgerichte entzogen sei. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die demselben eingeräumte Kompetenz zur Entscheidung über die dem Bauunternehmer gegenüber geltend gemachten Entschädigungsansprüche auch die Kompetenz zur Feststellung der für diese Entscheidung präjudiziellen Fragen des Bestehens und Umfanges der Rechte, auf welche sich die genannten Ansprüche stützen, in sich schliesse. Denn es ist ein im Civilprozessrechte allge-

mein anerkannter Grundsatz, dass in der Zuständigkeit für einen bestimmten Rechtsstreit auch die Zuständigkeit zur Untersuchung und Feststellung aller der Streitfragen liegt, von deren vorgängiger Feststellung die Entscheidung über den anhängig gemachten Anspruch abhängt, es wäre denn, dass dem in der Hauptsache zuständigen Richter die Entscheidung über eine solche Präjudizialfrage ausdrücklich entzogen sei (s. Planck, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts I, S. 96; Wach, der deutsche Civilprozess S. 87; vrgl. auch § 139 der deutschen C. P. O.). Warum dieser Grundsatz nicht auch im Expropriationsprozesse Anwendung finden sollte, ist nicht ersichtlich. Danach ist aber die Kompetenz des Bundesgerichts zur Entscheidung der hier streitigen Präjudizialfrage zu bejahen. Unerheblich ist hierbei der Umstand, dass sich die gedachte Präjudizialfrage nicht nach eidgenössischem, sondern nach kantonalem Recht beurteilt; denn der Grundsatz, dass die Kognition des Bundesgerichts sich auf die Anwendung eidgenössischen Rechts beschränke, gilt bekanntlich nur für das Gebiet seiner Gerichtsbarkeit als Berufungs- und Beschwerdeinstanz gegenüber den Entscheidungen kantonaler Gerichtsbehörden, indem eben der Zweck dieser Gerichtsbarkeit sich in der Obsorge für einheitliche Anwendung des eidgenössischen Rechts erschöpft.

Ist sonach das Bundesgericht zur selbständigen Entscheidung über die Existenz und den Umfang des dinglichen Rechts, aus dem der bei ihm erhobene Entschädigungsanspruch hergeleitet wird, befugt, so schliesst dies freilich die Befugnis desselben an sich nicht aus, die Parteien zur Feststellung dieses Präjudizialverhältnisses an den kantonalen Richter zu verweisen, und entweder den Expropriationsprozess inzwischen zu sistieren, oder aber nur ein bedingtes Endurteil zu erlassen. Ein solches Verfahren wird sich insbesondere da rechtfertigen, wo die Entscheidung über den Präjudizialpunkt ein weitläufiges Beweisverfahren erheischt. Im vorliegenden Falle nun handelt es sich bei Feststellung der Frage, ob der Ansprecherin die von ihr behauptete Legalservitut zustehe, lediglich um Gesetzesinterpretation, und es ist für das Bundesgericht um so weniger Veranlassung vorhanden, die selbständige Entscheidung dieser Präjudizialfrage von der Hand zu weisen, als beide Parteien übereinstimmend seine Entscheidung darüber angerufen haben. (Entsch. vom 15. Oktober 1896 i. S. Herzog-Gahnder c. Schweiz. Centralbahn.)

---

**10.** *Art. 10 des Fabrikhaftpflichtgesetzes vom 25. Juni 1881 und des erweiterten Haftpflichtgesetzes vom 26. April 1887. Kompetenz des Bundesrates zur Entscheidung darüber, ob ein Geschäft der Haftpflichtgesetzgebung unterstehe.*

Wenn Zweifel waltet, ob eine Unternehmung der Haftpflichtgesetzgebung unterstehe, so hat nach Art. 14 Fabrikhaftpflicht-Gesetz und 10 erweitertes Haftpflicht-Gesetz darüber der Bundesrat endgiltig zu entscheiden (A. S. d. b.-g. E. XV, 885). Dies ist im vorliegenden Fall geschehen; der Bundesrat hat über die Frage entschieden, ob das Geschäft des Beklagten unter eines der erwähnten Gesetze falle; und zwar ging sein Entscheid dahin, dass fragliche Gesetze nicht Anwendung finden. Diesen Entscheid hat Rekurrent hierorts beanstandet; er beantragt, das Bundesgericht wolle den Bundesrat durch Vermittlung der Vorinstanz zu einer Wiedererwägung fraglichen Entscheides veranlassen. Demgegenüber fällt jedoch in Betracht: Der Entscheid, den der Bundesrat auf Grund von Art. 14 Fabrikhaftpflicht-Gesetz und Art. 10 erweitertes Haftpflicht-Gesetz ausfällt, ist ein endgiltiger; das Bundesgericht kann ihn nicht nachprüfen und eventuell abändern; es kann aber auch nicht, durch Veranlassung eines Wiedererwägungsverfahrens, für seine Abänderung sorgen; es ist hiezu nicht kompetent. Vielmehr ist der bundesrätliche Entscheid für das Bundesgericht massgebend. (Entsch. vom 30. Sept. 1896 i. S. Joh. Becker c. G. Kurfiss.)

---

**11.** *Internationale Konvention zum Schutze des gewerblichen Eigentums vom 20. März 1883 Art. 6 und Schlussprotokoll Art. 4. Markenschutzgesetz vom 26. Sept. 1890 Art. 6, 24, 25 Abs. 3, 32 Abs. 2.*

1. Die internationale Konvention vom 20. März 1883 enthält keine Vorschriften über den Gerichtsstand.

2. Nach Art. 6 Abs. 1 dieser Konvention ist die Form der aus den Vereinsstaaten stammenden Marken nach dem Rechte des Ursprungslandes zu beurteilen. In allen übrigen Beziehungen dagegen gilt für den Schutz solcher Marken in der Schweiz das schweizerische Recht; nach letzterem ist insbesondere zu beurteilen, ob eine Marke eine Nachmachung oder Nachahmung eines andern Warenzeichens enthält, ob ein Zeichen Gemeingut geworden ist u. s. w. Dabei macht es keinen Unterschied, dass das angefochtene Warenzeichen in einem Vereinsstaate hinterlegt ist.[1]

---

[1] Revue XIV Nr. 120.

3. Marken, welche aus Worten einerseits, figurativen Bestandteilen andrerseits zusammengesetzt sind, bilden ein einheitliches Warenzeichen; ihre verschiedenen Bestandteile sind nicht als selbständige Zeichen, sondern nur als Teile des Ganzen markenrechtlich geschützt. Dies gilt nach schweizerischem Rechte auch für Phantasiebezeichnungen, welche nicht als selbständige Wortmarken, sondern bloss als Bestandteile eines zusammengesetzten figurativen Warenzeichens hinterlegt worden sind. In diesem Falle kann eine Phantasiebezeichnung in der Schweiz wohl nach den Grundsätzen über concurrence déloyale geschützt sein, selbständigen Markenrechtsschutz dagegen geniesst sie nicht.

4. Benennungen, die zur Sachbezeichnung geworden sind, so dass sie nicht mehr auf einen bestimmten Gewerbetreibenden oder Kaufmann hindeuten, sondern die Natur der Ware bezeichnen, sind Gemeingut, sie können nicht mehr für sich allein, sondern nur in Verbindung mit anderen wörtlichen oder figurativen Elementen eine Marke bilden, und zwar nur dann, wenn diese letzteren Elemente derart sind, dass die neue Kombination in ihrer Gesamtheit sich von der zum Gemeingut gewordenen Benennung wesentlich unterscheidet.

5. Der blosse Umstand, dass eine Marke vielfältig nachgeahmt worden ist, macht sie aber noch nicht zum Gemeingut und eine darin vorkommende Benennung nicht zur Sachbezeichnung. Zu letzterem ist vielmehr erforderlich, dass die Benennung ihren individuellen Charakter im Verkehre vollständig verloren habe.

6. Darüber, ob zwei Marken täuschend ähnlich seien, entscheidet in der Regel deren Gesamtbild. Wenn indes feststeht, dass das kaufende Publikum vorwiegend bloss auf einzelne, wesentliche und charakteristische Merkmale einer Marke Gewicht legt, so muss hierauf bei der Entscheidung Rücksicht genommen werden.

7. Nach Art. 25 Abs. 3 des Markenschutzgesetzes genügt bei allen Markenrechtsverletzungen zur Begründung der civilen Schadenersatzpflicht blosse Fahrlässigkeit (jeden Grades). Die Schadenersatzpflicht besteht also auch dann, wenn jemand Waren in Verkehr bringt, von denen er zwar nicht geradezu weiss, dass sie mit einem nachgemachten oder nachgeahmten Zeichen versehen sind, dies aber bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte wissen müssen. Der Umstand für sich allein, dass der Thäter weiss, das auf der Ware angebrachte rechtswidrige Zeichen sei für den Liefe-

ranten der Ware eingetragen, entschuldigt ihn, wenigstens wenn er Kaufmann ist, nicht, sobald er sich bei gehöriger Aufmerksamkeit sagen musste, das Zeichen sei geeignet, Verwechselungen mit einem ihm bekannten älterberechtigten Zeichen hervorzurufen.

8. Nicht bloss der Verkauf von Waren, welche mit unerlaubten Zeichen versehen sind, an Konsumenten, sondern auch das blosse Feilhalten und Inverkehrbringen solcher Waren fällt unter Art. 24 litt. c des Markenschutzgesetzes (also auch die Abgabe an Verkaufsdepots, das Annoncieren der Ware u. s. w.).

9. Nach Art. 32 Abs. 2 des Markenschutzgesetzes ist die Vernichtung widerrechtlich bezeichneter Waren nur dann anzuordnen, wenn dies notwendig ist, um die unerlaubte Marke zu vernichten. (Es ist also bei Flaschen mit unerlaubten Etiketten nur die Vernichtung der letzteren, nicht aber der Flaschen anzuordnen.)

Das Bundesgericht hat in Anwendung dieser Grundsätze ausgesprochen, dass die Worte „Chartreuse,“ „Grande Chartreuse“ u. s. w. nicht zur Sachbezeichnung geworden seien und dass dieselben den wesentlichen, charakteristischen Bestandteil der Marken der Grande Chartreuse (von Grenoble) bilden. Es sind daher Marken (eines in den Gebäuden des ehemaligen Karthäuser Klosters in Pavia, der Certosa monumentale di Pavia, niedergelassenen Fabrikanten), welche diese Worte als wesentlichen Bestandteil enthielten, für unzulässig erklärt worden, trotzdem dieselben, in kleineren Lettern, den Zusatz „di Pavia“ enthielten und sich in dem akzessorischen figurativen Beiwerk von den eingetragenen Marken der Grande Chartreuse von Grenoble unterschieden. (Entsch. vom 10. Oktober 1896 i. S. Grézier c. Bonnet et Cie.)

---

## B. Entscheide kantonaler Gerichte.

12. *Haftpflicht aus unerlaubter Handlung. Mangelnder Kausalzusammenhang. Art. 50 ff. O. R.*

**Baselstadt.** Urteil des Appellationsgerichts vom 21. Oktober 1895 i. S. Armenpflege Gontenschwil c. Leuenberger & Cie.

Robert Gyger, Bürger von Gontenschwil, beabsichtigte im Sommer 1894 nach Argentinien auszuwandern. Da er

seine zwei unmündigen Kinder in der Heimat zurücklassen wollte, erklärte sich die Gemeinde Gontenschwil als zuständige Armenbehörde auf Anfrage der Auswanderungsagentur Zwilchenbart mit der Auswanderung desselben nicht einverstanden. Es gelang aber Gyger, mit der Agentur Leuenberger & Cie, der er sich als ledig ausgab, einen Reisevertrag abzuschliessen und nach Buenos-Ayres auszuwandern. Diese Agentur wurde deshalb vom Bundesrat wegen Verletzung von Art. 11 Ziff. 5 und 7 des B.-Ges. über den Geschäftsbetrieb der Auswanderungsagenturen von 1888 mit einer Busse von Fr. 80 belegt, unbeschadet der zu stellenden Entschädigungsklage. Eine solche Klage erhob nun die Armenpflege Gontenschwil, und verlangte Verurteilung der Agentur zu „Ersatz alles dessen, was sie für den Unterhalt und die Erziehung der beiden Kinder des ausgewanderten R. Gyger bis zu deren zurückgelegtem 16. Altersjahre wird zu leisten haben." Die Beklagte sei dafür haftbar, weil sie in gesetzwidriger Weise die Auswanderung besorgt und dadurch den Schaden verursacht habe, der ihr (der Klägerin) aus der Unmöglichkeit, den Vater für die Alimentation der Kinder in Anspruch zu nehmen, erwachse. Die Beklagte bestritt, dass der Klägerin ein Schaden entstanden sei; Gyger habe (was unbestritten war) noch von Argentinien aus das Kostgeld für beide Kinder bis Ende Juni 1895 bezahlt und es sei somit überhaupt fraglich, ob der Klägerin auch in Zukunft ein Schaden erwachsen werde.

Beide Instanzen wiesen die Klage ab, das Appellationsgericht mit folgender Begründung:

Der Klagantrag, so wie er gestellt ist, erzeigt sich schon von vornherein in der Richtung als unbegründet, dass er die definitive Verurteilung der Beklagten zum Ersatz aller Auslagen der Klägerin für Unterhalt der Kinder Gyger bis zu ihrem vollendeten 16. Altersjahre verlangt, während doch zweifellos unter allen Umständen nicht mehr beansprucht werden könnte, als der Ersatz der Beiträge, die der Vater selbst schuldig würde. Wenn also dem Klagantrag gemäss geurteilt würde, so wäre damit die unbedingte Zahlungspflicht der Beklagten auf eine Reihe von Jahren ausgesprochen, obschon möglicherweise lange vor deren Ende durch Tod des Vaters die Berechtigung der Klägerin erloschen wäre. Schon darum wäre die Klage wie sie gestellt ist, abzuweisen. Aber auch wenn man davon ausgeht, dass der Richter das in einem zu weit gehenden Antrag liegende Minus berücksichtigen und darüber entscheiden kann, so muss doch die

Klage abgewiesen werden. Auch wenn man gar nicht in Erwägung zieht, dass gegenwärtig ein Schaden noch nicht vorliegt, so mangelt es doch an dem notwendigen ursächlichen Zusammenhang des von der Beklagten begangenen Fehlers mit einem allenfalls der Klägerin noch erwachsenden Nachteil. Ein solcher Nachteil kann sich möglicherweise indirekt aus der Auswanderung ergeben, aber da diese dem R. Gyger freistand und von der Mitwirkung der Beklagten unabhängig jederzeit hätte ausgeführt werden können, so ist die Thätigkeit der Beklagten als einflusslos auf eine künftig vielleicht eintretende Schädigung der Klägerin anzusehen. Wenn aus Gründen polizeilicher Natur den Auswanderungsagenturen ihre Mitwirkung mangels gewisser Voraussetzungen untersagt wird, so ist damit nicht ohne Weiteres gegeben, dass die Nichtbeachtung dieser Vorschrift auch civilrechtliche Haftbarkeit begründe, sondern wo dies im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen ist, noch sich aus dem Prinzip und Motiv des polizeilichen Verbotes mit Notwendigkeit ergiebt, — was in unserer Sache nicht der Fall ist — kann eine civilrechtliche Schadenersatzpflicht nur vorhanden sein, wenn die Schädigung durch diese Uebertretung der Polizeivorschrift verursacht ist, und das ist nach dem Gesagten ausgeschlossen.

---

**13.** *Dommages-intérêts pour arrestation illégale, malgré le défaut d'action pénale. Art. 50 C. O.*

**Genève.** Jugement du Tribunal de 1re instance du 20 mars 1896 d. l. c. Delabays c. Chevalier & Roch.

Attendu que le demandeur réclame solidairement aux défendeurs la somme de fr. 600 à titre de dommages-intérêts, prétendant avoir été victime, de leur part, d'une arrestation illégale;

Attendu que les défendeurs excipent de l'irrecevabilité de cette demande, alléguant qu'une telle demande civile ne peut être formée qu'à la suite d'une condamnation pénale;

Attendu que le tribunal observe que la présente demande est formée en vertu de l'article 50 C. O., qui pose en principe général que quiconque cause sans droit un dommage à autrui est tenu de le réparer;

Attendu qu'il ne saurait être dérogé à ce principe posé par le droit fédéral par des dispositions spéciales de la loi cantonale ou par la jurisprudence; que celui qui démontre qu'autrui lui a, sans droit, causé un dommage est fondé à en requérir l'application;

Attendu qu'en l'espèce l'acte dommageable invoqué est le délit d'arrestation illégale;

Attendu que si le mode de preuve des faits dommageables est réservé à la loi cantonale, le tribunal observe que nul texte de cette loi cantonale ne prohibe une preuve civilement administrée d'un fait susceptible d'entraîner une répression pénale;

Que les dispositions mêmes de la loi d'instruction pénale, en vigueur à Genève, sont telles que la juridiction pénale ne se prononce point sur l'existence du fait délictueux, mais sur la culpabilité de l'agent qui l'a commis; que le fait peut exister, être manifeste, et cependant être dépourvu de sanction pénale si le juge pénal, influencé par des considérations étrangères au fait, considérations d'indulgence, de sentiment, de circonstances particulières, résout négativement la question de culpabilité;

Attendu qu'il résulte de ces considérations qu'un fait délictueux peut exister et avoir causé un préjudice alors qu'il n'y a pas condamnation pénale; que, cependant, dans un tel cas, le principe posé par l'article 50 complété par l'article 51 C. O., qui oblige le juge à s'enquérir de toutes les circonstances du fait, doit ressortir son application;

Qu'il doit en être ainsi, même s'agit-il du délit d'arrestation illégale, délit dans lequel il y a une telle connexité entre le fait dommageable et le délit lui-même qu'ils ne sont qu'un seul et même fait;

Attendu qu'en telle matière, un jugement pénal et la procédure qui l'a précédé peuvent être des éléments propres à former la conviction du juge, mais qu'il ne saurait en résulter que cette conviction ne puisse être autrement déterminée, notamment par la voie civile, alors surtout qu'il n'y a pas eu poursuite pénale;

Attendu, en outre, que si une condamnation pénale doit faire preuve d'un délit, on ne peut dire qu'un acquittement, ou le fait qu'aucune poursuite n'a été exercée, fasse la preuve de l'inexistence de ce délit, étant données les dispositions légales en vigueur à Genève;

Qu'admettre le contraire serait refuser le bénéfice de la loi fédérale, article 50 C. O., à celui qui invoque avoir souffert d'un délit si l'action publique n'a pas été exercée ou a abouti à la libération des délinquants, ce qui reviendrait à dire que le juge pénal est forcément le juge qui détermine s'il doit oui ou non y avoir une conséquence civile, puisque cette conséquence ne pourrait résulter que de sa décision;

Que l'énoncé de ce point de vue vient absolument à

l'encontre des principes juridiques qui autorisent à intenter l'action civile indépendamment de l'action pénale (dont l'intentat n'appartient d'ailleurs pas à la victime du délit) et qui ont eu pour but de laisser au juge civil la plénitude de son appréciation;

Attendu, en conséquence, que l'exception d'irrecevabilité formée par les défendeurs doit être rejetée.

(La Semaine judiciaire, XVIII [1896] p. 752 ss.)

---

14. *Schadenersatz. Haftbarkeit des Halters von Tieren. Art. 65 O. R.*

a) **Glarus.** Urteil des Obergerichts vom 9. März 1896.

F., Kutscher des D. S., führte eine Gesellschaft von sechs Personen in einer Kutsche vom Hôtel Tödi her nach Linthal. Oberhalb dieses Dorfes wurde das Pferd scheu und raste die steile Strasse hinunter, stiess auf ein anderes Pferd mit der Deichsel ein und verletzte dieses so schwer, dass es getötet werden musste. Der Eigentümer klagte gegen D. S. auf Schadenersatz. Es wurde festgestellt, dass F. schon bei der Abfahrt vom Hôtel Tödi es an der erforderlichen Sorgfalt und Achtsamkeit in der Lenkung mangeln liess, daher sich der Knecht des Hôtels zur Mitwirkung veranlasst fand. Dafür, dass das Pferd durch Drittpersonen oder besondere äussere Umstände in Schrecken versetzt und scheu gemacht worden sei, ergaben sich keine Anhaltspunkte. Der Beklagte D. S. glaubte damit aller Haftpflicht enthoben zu sein, dass F. des Fahrens kundig gewesen. Das Gericht nahm aber seine Schadenersatzpflicht als begründet an. Es spricht sich darüber so aus:

Es kann die Voraussetzung, die Anstellung einer des Fahrens kundigen Person schliesse eine Haftbarkeit des Halters des Tieres bei allfällig durch letzteres entstehenden Schädigungen aus, nicht als dem Geist des Art. 65 O. R. entsprechend angenommen werden. Eine Haftbarkeit des Halters des Tieres besteht auch bei Erfüllung besagten Erfordernisses in allen den Fällen, bei welchen der an und für sich kundige Lenker nicht alle gebotenen Vorsichtsmassregeln zur Verhütung von Schaden ergreift. Dies sei, führt das Urteil aus, in casu nicht geschehen.

(Amtsbericht des Oberger. v. Glarus Mai 1895—1896, S. 25 f.)

Damit vergleiche man das, einen gegenteiligen Standpunkt einnehmende, nachfolgende Urteil.

b) **Baselstadt.** Urteil des Civilgerichts vom 28. Dezember 1894 i. S. Armbruster c. Gebr. Keller.

Auf einem längs der Eisenbahn laufenden, stark begangenen Wege fuhr ein an ein Break gespanntes Pferd, wahrscheinlich durch einen vorbeifahrenden Eisenbahnzug scheu gemacht, mitten in Spaziergänger hinein und verletzte einige derselben schwer. Die Dienstherrn des Kutschers und Eigentümer des Fuhrwerks wurden auf Schadenersatz belangt, aber vom Civilgerichte unter Bestätigung des Appellationsgerichts freigesprochen.

Motive: Beklagte haben den ihnen obliegenden Entlastungsbeweis erbracht. Es geht nämlich aus den Zeugenaussagen deutlich hervor, dass der Kutscher, dem die Beklagten das Pferd mit dem Fuhrwerk am Unglückstage anvertraut hatten, des Fahrens kundig ist und überhaupt als solid und zuverlässig gegolten hat; die Beklagten trifft daher kein Vorwurf, dass sie ihm die Führung des Breaks anvertraut haben. Weiter wird bezeugt, dass das Tier, wenn auch etwas lebhaft, so doch gutartig und frommer Natur ist, und auch vorher nie Neigung zum Scheuwerden gezeigt hat. Unter diesen Umständen hatten Beklagte keine Veranlassung, in Beaufsichtigung des Pferdes ein höheres Mass von Sorgfalt anzuwenden, und es kommt für sie ebensowenig in Betracht, ob sich der Fuhrmann dadurch, dass er nicht bei der geschlossenen Barrière hielt, sondern in raschem Trabe der Eisenbahnlinie entlang auf einer durch Fussgänger stark frequentierten Strasse weiter fuhr, einer Fahrlässigkeit schuldig gemacht hat; denn die Beklagten haben nur ihre eigene Sorgfalt, nicht die ihres Knechtes nachzuweisen gehabt.

---

15. *Dommages-intérêts. Prescription. Loi française ou loi suisse? Art. 69 C. O.*

**Genève.** Jugement de la Cour de justice civile du 26 septembre 1896 d. l. c. Soldano c. Favre.

Favre a formé contre Soldano une demande en paiement de fr. 80 de dommages-intérêts, à raison du fait, que sur la route d'Arthaz, commune d'Annemasse, le chien de S. s'est jeté sur Favre et lui a occasionné différentes blessures. Soldano a invoqué la prescription de l'art. 69 C. O. Les deux instances ont repoussé cette exception, la Cour par le motif suivant:

Il est constant que le fait dommageable a été commis en France, que la victime de ce fait est française et domi-

-ciliée en France, et que le chien, auteur du dommage, est destiné à la garde d'une propriété de Soldano, sise en France; l'obligation a donc pris naissance en France, et il est de règle que les obligations soient soumises à la loi du pays où elles ont été contractées.

(La Semaine judiciaire, XVIII [1896] p. 703 s.)

---

**16.** *Kaufvertrag. Annahmeverzug oder Mängelrüge? Art. 107 und 108 O. R.*

**Schaffhausen.** Urteil des Obergerichts vom 16. November 1894.

Der Beklagte bestellte beim Kläger eine Partie Rosen in verschiedenen Sorten. Nachdem er bereits die Anzeige erhalten hatte, die Ware werde an einem bestimmten Termine an ihn abgehen, reduzierte er die Bestellung auf die Hälfte, worauf jedoch der Kläger nicht einging, sondern erklärte, er halte an der ganzen Bestellung fest. Als die Ware auf der Bestimmungsstation ankam, verweigerte der Beklagte ihre Annahme ohne Angabe bestimmter Gründe. Nachdem Vergleichsverhandlungen über Annahme zu reduziertem Preise resultatlos geblieben waren, liess der Kläger die Ware durch den zuständigen Gerichtspräsidenten öffentlich versteigern und belangte den Beklagten um den Mindererlös gegenüber dem Fakturapreis nebst Fracht, Lagergebühr, Steigerungskosten und einer gewissen Summe für Umtriebe.

Der Beklagte bestritt die Klage mit der Begründung, das Kaufgeschäft sei für ihn nicht verbindlich gewesen, weil der Kläger eigenmächtig über die Ware verfügt habe. Der Kläger habe die Rollen umgekehrt. Die Ware sei nicht bestellungsgemäss geliefert worden, darum unbrauchbar gewesen und refüsiert worden. Hätte Beklagter sie angenommen, so wäre es allerdings ihm obgelegen, sie aufzubewahren und nötigenfalls zu versteigern. Nun habe er sie aber gar nicht angenommen und da habe der Kläger kein Recht gehabt, über dieselbe zu verfügen. Durch die Versteigerung habe er dem Beklagten die Konstatierung der Beschaffenheit abgeschnitten und darum treffe ihn die Beweislast für die vertragsgemässe Lieferung. Die Bestimmungen des Obligationenrechts über Verzug des Schuldners treffen nicht zu.

Das Obergericht teilt diese Auffassung nicht. Der Beklagte hat die Ware gar nicht entgegengenommen, nicht etwa sie wegen eines Mangels zur Verfügung gestellt, sondern sie gar nicht geprüft und dem Stationsvorstand mitgeteilt, sie werde nicht entgegengenommen. Es handelt sich also

nicht etwa um eine Mängelrüge. Später hat der Beklagte dann allerdings die Rosen in der Station angesehen und das Vorhandensein von Mängeln behauptet. Es geschah das aber in Gegenwart des Klägers, als dieser die Ware bereits wieder für sich übernommen hatte. Es handelte sich damals darum, ein gütliches Uebereinkommen zwischen den Parteien zu erzielen, das allerdings nicht zu stande kam, da der Beklagte nicht genug bot. Eine Mängelrüge im Sinn des Obligationenrechts war dieses Geltendmachen von Fehlern nicht. Beklagter hatte damals bereits jede Annahme ohne Bezeichnung bestimmter Gründe verweigert und wenn er dann später die Ware mit dem Kläger gemeinsam besichtigte, so hob er damit seine Annahmeverweigerung nicht wieder auf.

Der Beklagte befand sich somit im Annahmeverzug und in solchem Fall war der Kläger berechtigt, als Verkäufer nach Massgabe von Art. 107 u. 108 O. R. zu verfahren, also, da die Rosen im kalten Lagerraum anfangs Winters dem Erfrieren ausgesetzt waren, sie mit Bewilligung des Richters öffentlich versteigern zu lassen und den Ertrag zu hinterlegen. Es liegt das ganz in der Natur der Sache. Die Art. 107 u. 108 O. R. stehen im allgemeinen Teil dieses Gesetzes, der die allgemeinen Grundsätze für alle Obligationen aufstellt, also auch für den Kaufvertrag gilt. Dass Art. 107 u. 108 von Gläubiger und Schuldner sprechen statt von Verkäufer und Käufer, thut nichts zur Sache. Beim Kaufvertrag ist der Verkäufer bezüglich des Kaufobjektes Schuldner des Käufers und dieser umgekehrt bezüglich des Kaufpreises Schuldner des Verkäufers und demgemäss hat der Verkäufer alle dem Schuldner zugeteilten Rechte, wenn der Käufer sich im Annahmeverzug befindet. Im Fall des Annahmeverzugs seitens des Käufers hat der Verkäufer nach Obligationenrecht nicht wie nach römischem Recht die Befugnis, sich um die Ware nicht zu bekümmern, sie einfach verderben zu lassen oder, wenn es sich um Wein handelt, denselben gar auslaufen zu lassen. Er hat vielmehr auch dem säumigen Käufer gegenüber gewisse Verpflichtungen und diese sind eben in Art. 107 u. 108 O. R. genauer bestimmt. Der Kläger hat somit ganz richtig gehandelt.

Bis hieher hat die erste Instanz richtig argumentiert; von dieser Grundlage aus zieht sie dann aber eine unrichtige Konsequenz, indem sie als den vom Beklagten zu ersetzenden Schaden nicht die Differenz zwischen dem Fakturapreis und dem Ganterlös angenommen hat, sondern die Differenz zwischen dem Fakturapreis und demjenigen, den der Beklagte

bei den gütlichen Verhandlungen geboten hat. Diese Vergleichsverhandlungen dürfen keinerlei Rolle bei der Beurteilung des Falles spielen; sie sind nur ein zufälliger Zwischenvorfall, der keine rechtliche Bedeutung hat und vom Richter nicht berücksichtigt werden darf. Wenn der Kläger mit der von ihm veranlassten Versteigerung richtig gehandelt hat, so hat er Anspruch auf Ersatz der Differenz zwischen dem vertragsgemässen Kaufpreis und dem Ganterlös.

Auf Ersatz dieser Differenz lautet denn auch das obergerichtliche Urteil; ferner legt es dem Beklagten die Fracht, die Lagergebühr, die Steigerungskosten und dazu noch Fr. 50. — statt der geforderten Fr. 100. — für Umtriebe auf.

(Amtsbericht des Obergerichts von 1895, S. 56 ff.)

---

**17.** *Versicherungsvertrag zu Gunsten Dritter. Geltung sämtlicher Bestimmungen des Vertrags auch für diese. Art. 128 O. R.*

**Baselstadt.** Urteil des Appellationsgerichts vom 20. Juli 1896 i. S. Konkursmasse Burger & Sutter c. Unfallversicherungsgesellschaft Le Soleil.

Burger & Sutter hatten durch Kollektivversicherungspolice ihre Arbeiter bei der Versicherungsgesellschaft Le Soleil gegen Unfälle im Betriebe ihres Gewerbes versichert. Nach den „allgemeinen Bedingungen" dieses Vertrages ist derselbe sowohl im Interesse der Arbeiter als zur Sicherung des Arbeitgebers gegen die ihm obliegende gesetzliche Haftpflicht abgeschlossen und besteht die Versicherung ausschliesslich im Interesse der in der Zahlungsliste des Versicherungsnehmers eingetragenen Arbeiter, aber ein Rechtsverhältnis wird nur zwischen der Gesellschaft und dem Versicherungsnehmer begründet und die Versicherten können keinen rechtlichen Anspruch direkt gegen die Gesellschaft erheben; die Haftpflichtprozesse sollen durch die Gesellschaft im Namen des Versicherungsnehmers, der ihr dazu Vollmacht und Instruktion geben muss, geführt werden, und die Prozesskosten jeder Art, die der Gesellschaft daraus erwachsen, sind zu gleichen Teilen von der Gesellschaft und dem Versicherungsnehmer zu tragen.

In einem solchen Haftpflichtprozesse eines versicherten Arbeiters der Firma Burger & Sutter erwuchsen der Namens der letzteren den Prozess führenden Gesellschaft Kosten im Betrag von Fr. 1104. 75. Sie erbot der Konkursverwaltung der inzwischen fallit gewordenen Firma B. & S. die ihr auferlegte Entschädigung an den Verunglückten (Fr. 1700) ab-

züglich Hälfte der Kosten (Fr. 552. 35) zu zahlen. Die Konkursverwaltung verlangte aber die ganze Summe von 1700 Fr. und erhob Klage auf deren Bezahlung an den versicherten und verunglückten Arbeiter, denn der Versicherungsvertrag sei ein Vertrag zu Gunsten des versicherten Arbeiters, und die Beklagte dürfe gegenüber der dem Versicherten darin ausgesprochenen Haftpflichtentschädigung keine Gegenforderung, die ihr nur gegen den Versicherungsnehmer zustehe, zur Kompensation verstellen. Die Beklagte wandte ein, sie stehe nur mit dem Versicherungsnehmer, nicht mit dem versicherten Arbeiter im Rechtsverhältnis, habe nur dem ersteren die Versicherungssumme zu zahlen, und dieser könne auch für seinen Arbeiter nicht mehr fordern als er für sich selbst beanspruchen könnte.

Beide Instanzen gestatteten der Beklagten die Verrechnung der halben Prozesskosten, die zweite Instanz mit folgender Begründung:

Auf den vorliegenden Fall ist der Art. 128 O. R. anwendbar, wonach sowohl der Vertragschliessende als der Dritte, zu dessen Gunsten der Vertrag geschlossen worden, die Erfüllung desselben verlangen kann. Dass für den Vertragschliessenden jedenfalls die Klausel der Police massgebend ist, wonach die infolge gerichtlicher Vorkehren jeder Art erlaufenden Kosten zu gleichen Teilen von der Gesellschaft und dem Versicherungsnehmer getragen werden, unterliegt keinem Zweifel. Er hat aber heute zu Gunsten des Arbeiters auf Erfüllung geklagt, ein Vorgehen, das nach Art. 128 Abs. 1 O. R. zulässig war, und da entsteht die Frage, ob die Klausel der Police auch diesen Dritten trifft. Diese Frage ist zu bejahen, denn alle Rechte des Dritten aus einem Vertrag zu seinen Gunsten ergeben sich aus der Willensmeinung der Kontrahenten, und diese ging in casu unzweifelhaft dahin, dass die Beklagte weder dem Arbeitgeber noch dem Arbeiter gegenüber die Zahlungspflicht von mehr als der Hälfte der Prozesskosten übernehme.

---

18. *Faustpfandrecht. Uebergabe des Pfandes an einen Angestellten des Schuldners als gleichzeitigen Vertreter des Gläubigers. Art. 210 und 219 O. R.*

**Zürich.** Urteil der Appellationskammer des Obergerichts vom 10. März 1896 i. S. Nägeli c. Masse Asper & Rüegg.

Asper & Rüegg bestellten dem N. für ein Darlehen ein Faustpfandrecht an Waren, die in einem bei ihnen be-

findlichen Schranke aufbewahrt wurden, und übergaben ihm den Schlüssel zu diesem Schranke. Die Schuldner waren berechtigt, je nach Bedürfnis den Umtausch grösserer oder kleinerer Partien der Pfänder zu verlangen, und der Gläubiger hatte diesen Auswechslungen persönlich oder durch einen Vertreter beizuwohnen. Nach einiger Zeit verpflichteten sich drei Angestellte der Schuldner dem Gläubiger gegenüber schriftlich, „für prompte Auswechslung der ihm gegen Darlehen verschriebenen Waren in bisheriger Weise, nachdem Herr N. zur Vereinfachung dem Angestellten Egli Doppelschlüssel übergeben hat,“ besorgt zu sein. Die Schuldner kamen sodann in Konkurs. Der Gläubiger machte ein Faustpfandrecht an den vorhandenen Waren geltend. Seine Klage wurde von beiden Instanzen gutgeheissen, letztinstanzlich mit folgenden

Motiven: Es unterliegt keinem Zweifel, dass die Angestellten der Firma A. & R., die die Auswechslung der Pfänder besorgt und die bei der Konkurseröffnung vorhanden gewesenen Unterpfänder entgegengenommen haben, Stellvertreter des Klägers gewesen sind. Der Umstand, dass sie zugleich Angestellte des Schuldners waren und die Pfänder auch für diesen aushingaben, erscheint von keiner Bedeutung; denn eine derartige Vertretung beider Kontrahenten durch einen und denselben Dritten ist durchaus zulässig (Reichsg. Entsch. in Civils. VI, 11; VII, 119. Seuffert, Archiv XLV, Nr. 164; XLVII Nr. 39. Römer in Goldschmidts Zeitschr. XIX, S. 67f.).

Dass der Wille der Kontrahenten bezw. ihrer Vertreter bei der Auswechslung der Pfänder dahin gegangen ist, an den neu in das Depot gelegten Waren ein Pfandrecht für die klägerische Forderung zu bestellen, wird von der Beklagten nicht bestritten. Es kann sich also hinsichtlich der Wirksamkeit des Rechtsaktes nur fragen, ob der Vorschrift des Art. 210 O. R., dass die Pfandrechtsbestellung „durch Uebergabe“ der zum Pfand bestimmten Sache zu erfolgen habe, nachgelebt worden sei. Die Beklagten stellen das mit Unrecht in Abrede. Eine körperliche Tradition der Waren an den Stellvertreter des Klägers musste natürlich, so wie die Auswechslung sich vollzog, vorgenommen werden, oder die zum Ersatz der alten Pfänder bestimmten neuen Stücke gelangten zunächst an den die Auswechslung besorgenden Angestellten, der sie für den Gläubiger in Empfang nahm und dann erst in einer besondern Abteilung des Geschäftsschrankes der Firma einschloss.

Dagegen kann die Frage aufgeworfen werden, ob das Pfandrecht nicht dadurch, dass die Pfänder nach der Uebergabe in den Geschäftsschrank des Schuldners gelegt wurden, gemäss Art. 219 O. R. illusorisch geworden sei. Allein auch diese Frage ist zu Gunsten des Klägers zu entscheiden. Man kann darüber streiten, ob der Gewahrsam des Gläubigers an den übergebenen Waren noch nach deren Versorgung in dem Schranke fortgedauert habe; denn wenn auch richtig ist, dass der Besitz des Schlüssels zu gewissen Lokalitäten stets als genügend betrachtet wurde, um den Gewahrsam an den in den Räumlichkeiten aufbewahrten Gegenständen zu begründen, so verhält sich die Sache hier doch insofern anders, als der Raum, worin sich der Schrank mit den Waren befand, unzweifelhaft nicht der ausschliesslichen Verfügungsgewalt des Gläubigers unterstand. Nun verlangt das Gesetz aber nicht, dass die übergebenen Waren, an denen das Pfandrecht bestellt wurde, stetsfort im Gewahrsam des Gläubigers oder dessen Stellvertreters zu verbleiben haben, sondern Art. 219 schreibt nur vor, dass sie nicht mit Wissen und Willen des Gläubigers in den Gewahrsam des Schuldners zurückkehren dürfen. Die Frage ist also nicht die, ob der Kläger die Detention der Pfänder durch deren Versorgung in dem Schranke verloren habe, sondern die, ob A. & R. dadurch wieder in den Gewahrsam der Stücke gelangt seien, und diese Frage darf mit aller Beruhigung verneint werden. Die Beklagten wollen zwar den gegenteiligen Standpunkt einnehmen, weil sie ja in der Lage gewesen seien, sich ihrerseits neue Schlüssel zu dem Schranke anfertigen zu lassen oder auch eine Wand des Schrankes wegzureissen und ihn so zu öffnen, oder mit Hilfe ihrer Angestellten über den Inhalt des Behälters zu verfügen. Aber die Möglichkeit, eigenmächtig durch Anwendung von Gewalt und dergl. den Besitz einer Sache wiederzuerlangen, ist nicht identisch mit dem Gewahrsam selbst, und Thatsache bleibt es, dass A. & R. keine Schlüssel zu dem Schranke hatten, daher ohne aussergewöhnliche Mittel nicht über die darin enthaltenen Waren disponieren konnten. Der Umstand, dass die Schlüssel bei Angestellten der Firma lagen, ist bedeutungslos, weil diese Angestellten die Schlüssel nachgewiesenermassen nicht zur Verfügung ihrer Prinzipale, sondern zu der des Gläubigers hielten.

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch. XV, S. 107 f.)

---

**19.** *Lieferungsgeschäft. Recht zu Einstellung der Lieferungen bei Nichterfüllung der Verbindlichkeiten aus schon erfolgten Lieferungen seitens des Empfängers.*

**Aargau.** Urteil des Handelsgerichts vom 17. November 1894.

Der Kläger N. N. stand mit der beklagten Firma seit 1892 im Geschäftsverkehr, indem er derselben Tuchwaren lieferte. Nachdem die beklagte Firma im Oktober 1893 wieder eine grössere Bestellung im Werte von Fr. 4800 gemacht, fiel im November 1893 der eine Anteilhaber derselben, der sich stets als Chef geriert hatte, in Konkurs. Der Kläger besass zu jener Zeit schon ein grösseres Guthaben an die Beklagte, und da er bisher immer nur mit oft unsichern Anweisungen bezahlt worden war, verlangte er vorerst Reglierung seines Guthabens in Geld oder guten Papieren, bevor er weiter liefere. Nachdem trotz wiederholter Zusage besserer Zahlung und mehrfachen Unterhandlungen die Firma fortfuhr, ihre Anweisungen, die zum Teil nicht eingelöst wurden, zu schicken und den Kläger sogar aufgefordert hatte, sein Guthaben im Privatkonkurs des einen Anteilhabers einzureichen, stellte ersterer seine Lieferungen gänzlich ein und verlangte von der Beklagten klagweise Bezahlung zweier nicht eingelöster Anweisungen (Fr. 1612.65). Die Beklagte anerkannte den Betrag grundsätzlich, machte aber u. a. geltend, der Kläger habe keine Veranlassung gehabt, die Lieferungen einzustellen, er habe den Vertrag grundlos gebrochen und sei deshalb schadenersatzpflichtig.

Das Handelsgericht erklärte die Einwendung und die Schadenersatzforderung der Beklagten als unbegründet.

Motive: Es liegt auf der Hand, dass die Beklagte nicht auf der einen Seite die Ausführung weiterer Lieferungen von dem Kläger verlangen konnte, ohne andrerseits ihrer Verpflichtung zur Bezahlung der frühern Lieferungen nachzukommen. Wird berücksichtigt, dass die Beklagte in der That seit längerer Zeit verfallene Fakturen nicht bar bezahlte, eine für einen beträchtlichen Teil der Schuld auf sie gezogene Tratte zurückwies und dem Kläger lediglich langterminierte, keinerlei Sicherheit gewährende Anweisungen hingab, so hatte ersterer allen Grund, für die Bezahlung seiner Forderung Befürchtung zu hegen. Nach allgemeinem kaufmännischen Brauch ist ein Handelsmann nicht gehalten, seinerseits stets zu erfüllen, wenn der andere Teil seinen vertraglichen Verpflichtungen nicht oder nur in ungenügender Weise nachkommt, und, was in concreto auch zutrifft, die bestehenden Verhältnisse, bezw. die bisher gemachten Erfahrungen dazu

angethan sind, dem Erfüllenden die Kreditwürdigkeit des Empfängers gefährdet erscheinen zu lassen (vergl. Seufferts Archiv n. F., IV. Bd, pag. 516). Wenn diese Uebung auch nicht gesetzlich sanktioniert ist, so liegt sie doch in der Natur der Sache und wird allgemein gepflogen. Sie darf deshalb vom Richter mit Bezug auf das unter den Litiganten bestehende Rechtsverhältnis wohl gewürdigt werden (vergl. B.-G.-E., Bd XIV, pag. 476). Demnach erscheint der Standpunkt der Klägerin, dass sie, solange die frühern Lieferungen unbezahlt bleiben, zur Ausführung des Frühjahrsauftrages nicht verpflichtet sei, als vollkommen begründet.

(Bericht des Aarg. Handelsgerichts für 1893 u. 1894 an den Gr. Rat, S. 12 ff.)

---

**20.** *Miete. Sperrung des Grundprotokolls zum Schutze der Rechte des Mieters. Art. 281 Abs. 1 O. R.*

**Zürich.** Urteil der Rekurskammer des Obergerichts vom 29. Oktober 1896 i. S. Bösch c. Meili & Bryner.

H. C. Huber, Eigentümer eines Hauses, hatte einen Mietvertrag über einzelne Räume darin mit Meili & Bryner als Mietern, bis 1. April 1901 fest, abgeschlossen. In der Folge verkaufte er das Haus an J. Bösch, der aber den Mietvertrag übernahm und als für sich rechtsverbindlich anerkannte. Als Bösch dennoch mit Drittpersonen in ernstliche Verkaufsverhandlungen eintrat, verlangten M. & B., dass ihm mit Bezug auf das Haus das Grundprotokoll in der Weise gesperrt werde, dass ein Verkauf des Hauses nur dann notarialisch gefertigt werden dürfe, wenn dem Käufer der Mietvertrag mit den Petenten überbunden werde. Der Audienzrichter des Bezirksgerichts entsprach diesem Begehren und der hiegegen erhobene Rekurs des Bösch wurde abgewiesen.

Motive: Dem Beschwerdeführer liegt die Rechtspflicht ob, den ursprünglich von Huber abgeschlossenen Mietvertrag zu erfüllen. Die Beziehungen zwischen den Vertragsparteien sind zwar bloss obligatorischer Natur und gehen nicht ohne weiteres auf einen dritten Erwerber des Mietobjektes über, da die gesetzlich zulässige Eintragung des Mietvertrages ins Grundprotokoll bisher nicht stattgefunden hat. Der Vermieter ist daher auch an sich nicht durch dingliche Belastung seines Grundeigentums verhindert, dasselbe weiter zu verkaufen, ohne den Mietvertrag dem neuen Erwerber zu überbinden. Das O. R. gewährt aber dem Mieter nicht nur das Recht auf Schadenersatz gegen den Vermieter, wenn dieser

während der Mietzeit das Mietobjekt veräussert, sondern es bestimmt in Art. 281 Abs. 1 ausdrücklich ein Recht des Mieters, vom Vermieter die Erfüllung des Vertrages oder Schadenersatz zu verlangen. Diese Vorschrift enthält zu Gunsten des Mieters eine Einschränkung des im allgemeinen recipierten Rechtsgrundsatzes „Kauf bricht Miete." Und zwar kann dieselbe keinen andern Sinn haben als den, dass bei Gefahr freiwilliger Entäusserung des Mietobjektes durch den Vermieter dem Mieter das Recht gewährt werden soll, diesen Vertragsbruch dadurch zu verhindern, dass er den Mitkontrahenten zwangsweise zur unbeschränkten Erfüllung anhält. . . . . Der Gesetzgeber hat einen besondern Schutz des vertraglichen Mietbesitzes durch eine Erfüllungsklage geben wollen, welche den Vermieter hindert, während der vereinbarten Mietzeit und solange ihm die Erfüllung noch nicht unmöglich geworden ist (Art. 110 O. R.), eigenmächtig die Vertragsrechte seines Mitkontrahenten zu schmälern.

Das Mittel hiezu ist im kantonalen Prozessrechte durch das Befehlsverfahren gegeben. Dieses ist zulässig zur Erhaltung des thatsächlichen Zustandes gegen versuchte oder drohende unerlaubte Selbsthilfe oder sonstige eigenmächtige Eingriffe oder Störungen, namentlich zum Schutze des Besitzes (§ 577 G. betr. Rechtspfl.) und kann gewährt werden mittelst Anordnungen, durch die jemand in der Verfügung über bestimmte Vermögensobjekte gehindert wird (§ 579). Das Zürcher Recht kennt auch den vom Eigentümer abgeleiteten Besitz an einer Sache, speziell den Mietbesitz, als ein selbständiges Recht, das insoweit besondern Schutz beanspruchen darf, als die Natur des Rechtsverhältnisses reicht, das der Mieter durch diesen Besitz ausübt. Aus diesen Gründen erscheint das Rechtsbegehren der Rekursgegner als zulässig.

(Eine Minderheit des Gerichts wollte den Rekurs gutheissen, weil ein rein obligatorisches Verhältnis der Parteien vorliege, so dass von einem Eintrag des Vertrags in das Grundprotokoll keine Rede sein könne. Das vertragsmässige Recht des Mieters gehe nicht so weit, den Vermieter an der Veräusserung des Hauses zu verhindern, sondern gebe dem Mieter nur das Recht auf Schadenersatz. Wenn Art. 281 daneben von einem Anspruch auf Erfüllung rede, so könne darunter nicht ein dingliches Recht in dem Sinne verstanden werden, dass der Mieter geradezu den Verkauf des Mietobjektes verhindern könnte, da dadurch der Satz des O. R. „Kauf bricht Miete" illusorisch gemacht würde. Dem Mietverhältnis durch Eintragung ins Grundprotokoll dingliche Wirkung zu

verleihen, sei der freien Vereinbarung der Kontrahenten überlassen und damit ausgeschlossen, diese Eintragung einseitig erzwingen zu können. Auch vom Standpunkt einer Besitzstörung aus sei der Rekurs nicht anzufechten, da es sich überhaupt nicht um eine Frage des Besitzes, sondern um einen obligatorischen Anspruch handle, und das Mietobjekt noch gar nicht verkauft, der Besitz also durch nichts gestört sei.)

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch. XV [1896] S. 303 f.)

---

21. *Bürgschaft. Mandatum qualificatum oder Bürgschaft schlechthin? Anrechnung der Konkursdividende.*

**Luzern.** Urteil des Obergerichts vom 9. November 1895.

J. Hunkeler hatte folgenden Gutschein ausgestellt:

Unterzeichneter bescheint hiemit, bei H. Niklaus Bucher, Mehlhandlung, für Anton Bachmann, Bäcker, für die Summe von 3000 Fr. gutzustehen. Dieser Schein gilt als Erneuerung desjenigen, der mit dem 1. Juli 1891 abgelaufen ist, und kann vom Unterzeichner jederzeit gekündet werden.

Hellbühl, den 1. Juli 1891. sig. J. Hunkeler.

Am 24. Februar 1892 geriet Bachmann in Konkurs, Bucher meldete seine Forderung an ihn im Betrag von Fr. 10,552.20 an und erhielt daran Fr. 712.27 ausbezahlt; der Rest mit Fr. 9839.93 blieb ungedeckt. Bucher klagte nun gegen Hunkeler den Betrag von Fr. 3000 laut Gutschein ein; Beklagter wandte ein, die Hauptschuld sei bei Eingehung der Bürgschaft auf 3000 Fr. fixiert worden; darauf entfalle von den empfangenen Fr. 712.27 der Betrag von Fr. 202.50; denn Kläger hätte bei Konkursausbruch über Bachmann den Beklagten um Fr. 3000 belangen können; dann wäre letzterer als Kreditor mit Fr. 3000 eingetreten und hätte selber die Konkursdividende hievon mit Fr. 202.50 bezogen. Nachdem Kläger selbst diese Dividende von der verbürgten Hauptschuld bezogen, könne er nicht noch einmal die ungeschwächte Hauptschuld geltend machen. Der Kläger bemerkte dagegen, es habe sich nicht um Verbürgung einer bestimmten Hauptschuld, sondern um eine sog. Kreditbürgschaft gehandelt, wodurch die Gesamtsumme der klägerischen Ansprüche gegen Bachmann insoweit verbürgt worden sei, als der Beklagte bei Verlust bis auf 3000 Fr. Ersatz leisten müsse. Die Klage wurde vom Obergericht als begründet erklärt.

Motive: Es liegt eine Kreditbürgschaft vor, d. h. eine Sicherstellung des Klägers durch den Beklagten für jeden

aus dem Verkehr mit Bachmann eventuell sich ergebenden Verlust bis auf den Betrag von 3000 Fr. Es spricht für den Willen, eine solche Bürgschaft einzugehen, und dafür, dass die Bürgschaft nicht auf eine bestimmte Hauptschuld sich richtete, der Umstand, dass der Gutschein vom 1. Juli 1891 einen andern vom 1. Mai zuvor und dieser wieder einen unter letzterem Datum erloschenen ersetzte, ohne dass ersichtlich oder behauptet wäre, dass jeweilen gerade eine Hauptschuld von gleichem Betrage von 3000 Fr. in dem betreffenden Zeitpunkt bestand oder ihre Entstehung nehmen sollte. Daraus, sowie aus dem Verhältnis des Beklagten als Verpächter zu Bachmann als Pächter, wobei es dem Verpächter daran gelegen sein konnte, einen regen Geschäftsverkehr des Pächters zu ermöglichen, lässt sich unschwer erklären und deducieren, dass eben eine solche Kreditbürgschaft, wodurch der Kläger wenigstens für einen Betrag von 3000 Fr. in seinen Beziehungen zu Bachmann sichergestellt werden sollte, geschaffen werden wollte. Nun hat thatsächlich der Kläger im Konkurse des Bachmann einen, den gesicherten Betrag von 3000 Fr. weit übersteigenden Verlust erlitten, und damit sind ohne weiteres die Voraussetzungen gegeben, unter denen der Beklagte aus jenem Gutschein für den genannten Kreditbetrag im vollen Umfange aufzukommen hat.

(Verhandl. des Obergerichts und der Justizkomm. vom J. 1895, S. 525 ff.)

22. *Veränderung der Wechselsumme vor der Begebung. Anwendbarkeit von Art. 802 O. R.?*

**Bern.** Urteil des App.- und Cass.-Hofs vom 30. März 1895 i. S. Schweiz. Volksbank c. Zwahlen & Kons.

P. Zwahlen liess einen von ihm an Ordre der Schweiz. Volksbank ausgefertigten Eigenwechsel im Betrag von Fr. 150 durch F. Zwahlen, Ch. Zwahlen und Ch. Buri als Bürgen unterschreiben, änderte dann die Summe in 750 und liess ihn sich von der Schweiz. Volksbank diskontieren. Bald darauf geriet er in Konkurs, die Gläubigerin belangte die Bürgen auf 750 Fr., und diese wandten die Fälschung ein und wollten bloss für 150 Fr. haften. Die Gläubigerin bestritt, dass Beklagte von der Differenz frei seien, weil der Thatbestand nicht unter Art. 802 O. R. falle; dieser Artikel erkläre nur solche Veränderungen für unwirksam, die nach Begebung des Wechsels vorgenommen worden seien. Ihre Klage wurde aber abgewiesen.

Motive: Die Klägerin wendet ein, die Veränderung des Inhalts des Wechsels sei unerheblich, weil derselbe, was die Beklagten zugeben, im Zeitpunkt der Uebergabe an sie, die Klägerin, auf Fr. 750 gelautet habe; nach Art. 802 O. R. seien wohl diejenigen Veränderungen des Inhalts eines Wechsels, die nach der Ausstellung und Begebung vorgenommen worden seien, für die früheren Unterzeichner unverbindlich, dagegen hafteten diese, falls der Wechsel zwar nach der Unterzeichnung, aber vor der Begebung verändert worden sei, doch nach Massgabe des veränderten Inhaltes. Allein aus Art. 802 kann ein solcher Rechtssatz nicht herausgelesen werden. Positiv geordnet wird darin bloss der Fall, wo die Veränderung des Wechsels nach der Ausstellung und Begebung stattgefunden hat, und es wird hier die Haftbarkeit derjenigen, die den Wechsel nach der Veränderung sowohl als nach der Ausstellung und Begebung unterzeichnet haben, in dem Sinne geordnet, dass dafür der Inhalt, der ihnen bei der Unterzeichnung vorlag, massgebend ist. Dagegen ist ausdrücklich nicht gesagt, wie es sich mit der Haftung der Unterzeichner eines Wechsels verhalte, dessen Inhalt vor der Begebung verändert worden ist. Hält man sich bloss an den Wortlaut des Art. 802, so ist der Argumentation der Klägerin, dass überhaupt nur Veränderungen, die nach der Begebung des Wechsels vorgenommen worden sind, für die Haftung der Unterzeichner in der angegebenen Weise von Einfluss seien, eine gewisse Berechtigung nicht abzusprechen. Immerhin würde daraus noch keineswegs folgen, dass nun die, welche den Wechsel vor der Begebung unterzeichnet haben, für den Inhalt haften, den der Wechsel bei der Begebung aufwies, auch dann, wenn dieser nach der Unterzeichnung eine Veränderung erlitten hat; nicht minder logisch erschiene der Schluss, dass Veränderungen, die vor der Begebung stattgefunden haben, hinsichtlich der Haftbarkeit derer, die den Wechsel vor den beiden Zeitpunkten der Veränderung und Begebung unterzeichnet haben, als nicht geschehen zu betrachten seien. Allein alle diese bloss auf den Wortlaut sich stützenden Deduktionen sind mechanische und bewegen sich auf einem unrichtigen Boden. Nach dem in Art. 802 liegenden Prinzip, dem der Gesetzgeber nur einen zu engen Ausdruck gegeben hat, soll sich die Haftung desjenigen, der einen Wechsel als Schuldner unterzeichnet, auf den Inhalt erstrecken, der ihm bei der Unterzeichnung vorgelegen hat, und es soll durch nachherige Veränderungen dieses Inhalts eine Veränderung der Haftungsverhältnisse aus dem Wechsel

nur für diejenigen stattfinden, die die Veränderungen kannten oder kennen mussten. Es ergiebt sich dies auch daraus, dass im Grunde die Wechselverpflichtung auf dem Willen des sich Verpflichtenden beruht, der sich natürlich nur auf den Inhalt des Wechsels erstrecken kann, den dieser bei der Unterzeichnung aufwies. So ist denn auch nach Abs. 2 des Art. 802 für die Verschiebung der Haftungsverhältnisse lediglich massgebend, „ob die Zeichnung vor oder nach der Veränderung stattgefunden hat," und es ist davon, dass erst von der Begebung an die Möglichkeit einer solchen Verschiebung eintreten könne, nicht mehr die Rede. Freilich darf es dem Aussteller selbst nicht benommen sein, den von ihm errichteten Wechsel nach der Unterzeichnung inhaltlich mit der Wirkung zu ändern, dass für ihn dieser veränderte Inhalt massgebend ist, und andrerseits darf er, wenn er selbst den Inhalt nach der Unterzeichnung verändert hat, sich nicht auf den ursprünglichen Inhalt berufen. Denn soweit nicht Dritte dabei interessiert sind, kann der Aussteller seiner Unterschrift eine beliebige rechtliche Wirkung geben. Um nun zu verhindern, dass auch dem Aussteller gegenüber der Zeitpunkt der Beisetzung der Unterschrift als einzig massgebend für den Inhalt seiner Verpflichtung angesehen werde, in der Weise, dass er nicht befugt wäre, seine Haftbarkeit selbst noch nachher zu verändern, oder dass er sich umgekehrt auf den ursprünglichen Inhalt berufen könnte, wenn er selbst denselben nach Beisetzung der Unterschrift verändert hat, ist im ersten Absatze des Art. 802 vorgesehen, dass auch die Begebung des Wechsels stattgefunden haben müsse, wenn eine Veränderung des Wechsels auch eine Veränderung der Haftungsverhältnisse herbeizuführen geeignet sein soll. Damit ist bloss gesagt, dass der Unterzeichner über seine Unterschrift frei verfügen und ihr den Inhalt geben kann, der ihm beliebt, so lange nicht Dritte dabei interessiert sind. Die Ausdrucksweise ist nicht glücklich, aber doch erklärlich. Offenbar hatte der Gesetzgeber den Normalfall des gezogenen Wechsels im Auge, über den der Aussteller seine Verfügungsbefugnis verliert mit der Begebung; für diesen Fall ist die Ausdrucksweise des Gesetzes eine zutreffende. Es giebt nun aber Fälle, in denen sich dieser Zeitpunkt nicht mit der Begebung des Wechsels deckt, und die der Gesetzgeber, weil sie nicht die Regel bilden, ausser acht gelassen hat. So hört namentlich die Verfügungsbefugnis des Ausstellers auf, wenn Dritte den Wechsel, wenn auch vor der Begebung, als Mitschuldner, Bürgen u. s. w. unterzeichnet haben. Von diesem

Zeitpunkte an darf er mit rechtlicher Wirksamkeit auch für diese den Inhalt des Wechsels nicht mehr verändern, und wenn er es thut, so haften die Mitunterzeichner doch nur für den Inhalt, den sie unterschrieben haben.

(Zeitschr. d. Bern. Jur.-Ver. XXXII S. 73 ff.)

23. *Divorce. Attribution des enfants. Compétence du tribunal qui a prononcé le premier jugement, de régler la question par un nouveau jugement. Const. féd. art. 59. Loi féd. sur l'état civil et le mariage, art. 43 et 49.*

**Neuchâtel.** Jugement du Tribunal cantonal du 5 février 1896 d. l. c. Gimpert c. Gimpert.

Par jugement du 12 juillet 1893, le Tribunal cantonal de Neuchâtel a prononcé la rupture par le divorce des liens matrimoniaux qui existaient entre les époux Gimpert, et adjugé les trois enfants à leur mère, vu leur âge. Cette décision est motivée comme suit: „les enfants étant encore en bas âge, et leur père exerçant un emploi qui l'oblige à être presque constamment loin de la maison, il convient de les laisser, pour le moment du moins, à leur mère qui est de bonne conduite. Si les circonstances venaient à changer, le tribunal pourrait toujours, s'il y a lieu, statuer à nouveau à l'égard de ces enfants et à la demande de l'une ou de l'autre des parties.“ Depuis ce jugement, Gimpert a conservé son domicile à Neuchâtel où il s'est remarié avec V. Adam. Il prétend que ce remariage a complètement modifié sa situation à l'égard de ses enfants, la paix et la tranquillité règnent dans son intérieur, il n'a pas d'enfants de sa seconde femme; les enfants même ont, à diverses reprises, exprimé le désir d'habiter avec leur père. D'un autre côté, dame Gimpert passe une partie de l'année à Zurich et l'autre à Winterthour et paraît n'avoir ni domicile régulier, ni position stable. Le moment est donc venu d'arriver à un prononcé définitif. Gimpert conclut dans sa demande à ce que le tribunal lui adjuge les deux garçons et laisse à la mère le troisième enfant Martha.

La défenderesse soutient que l'art. 59 de la Const. féd. s'oppose à ce que le tribunal de Neuchâtel se nantisse de la cause, et le procès doit être porté devant les tribunaux du canton de Zurich. Le principe général de cet article 59 ne peut pas être modifié par les art. 47 et 49 de la loi féd.

sur le mariage. Le tribunal a déclaré cette exception de dame Gimpert mal fondée.

Motifs: Attendu que l'art. 59 Const. féd. vise les réclamations fondées sur des droits de fortune, et n'est pas applicable à la contestation actuelle, laquelle doit être envisagée comme dérivant du droit de famille.

Attendu que les dispositions de la loi fédérale du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil ne sont pas davantage applicables à l'espèce;

Qu'en effet, cette loi n'a point eu pour but de modifier les règles de droit contenues dans les lois fédérales en vigueur, en particulier dans la loi fédérale sur l'état civil et le mariage.

Attendu que l'art. 43 de cette dernière loi détermine que les actions en divorce doivent être intentées devant le tribunal du domicile du mari, et, à défaut d'un domicile dans la Confédération, au lieu d'origine ou au dernier domicile du mari en Suisse;

Que l'art. 49 ajoute que les effets ultérieurs du divorce . . . quant à l'éducation des enfants sont réglés par la législation du canton à la juridiction duquel le mari est soumis.

Attendu que ces dispositions indiquent bien nettement l'intention du législateur de considérer les questions relatives à la garde, à l'entretien et à l'éducation des enfants comme étant accessoires du divorce et de soumettre ces questions au même juge qui prononce sur le principal, soit sur le divorce,

Que si l'art. 49 ajoute, il est vrai, que le tribunal prononce sur ces questions en même temps que sur la demande en divorce, il ne résulte pas de là cependant que le tribunal qui a prononcé sur la demande en divorce cesse d'être compétent pour statuer sur les effets ultérieurs du divorce et en particulier sur le sort des enfants, lorsque ces questions lui sont soumises séparément et postérieurement au jugement de divorce.

Que c'est en ce sens que la jurisprudence s'est prononcée à différentes reprises déjà, voir Neuchâtel Cour d'appel 21 mars 1878, vol. XIII p. 181; Bâle-Ville Cour d'appel 30 janvier 1879, visé par le Tribunal fédéral 15 novembre 1879, vol. V p. 443, — 19 février 1892, vol. XVIII p. 67.

(Jugements du Tribunal cantonal de Neuchâtel IV, p. 148 ss.)

24. *Ehescheidungsprozess. Tragweite des Ausdrucks „nach Anhörung der Klage“ in Art. 44 B.-G. über Civilstand und Ehe vom 24. Dezember 1874. Verhältnis zum kantonalen Prozessrecht.*

**Luzern.** Urteil des Obergerichts vom 7. September 1895.

Das Bezirksgericht Luzern erliess in einem Ehescheidungsprozesse auf Begehren der Klägerin einen Zwischenbescheid, wodurch der Beklagte zu verschiedenen Leistungen an die Klägerin während der Dauer des Prozesses verurteilt und sonst Verfügungen über Getrenntleben der Eheleute und Zuteilung der Kinder während dieser Zeit getroffen wurden. Der Beklagte rekurrierte gegen diesen Entscheid, indem ihm die Vorladung zur Gerichtsverhandlung erst am Tage vor derselben ohne Mitteilung der Klage zugestellt worden sei, so dass er, durch die Anträge der Klägerin vollständig überrascht, des Rechtes des rechtlichen Gehörs verlustig gegangen sei. Klägerin wandte ein, Art. 44 des B.-G. vom 24. Dez. 1874 verlange nur Anhörung der Klage, eine Vernehmlassung der Gegenpartei sei nicht nötig und liege auch gar nicht im Sinne des Gesetzes. Das Obergericht kassierte aber den Entscheid und wies die Sache an die erste Instanz zurück.

Motive: Wenn auch Art. 44 cit. den Erlass einer richterlichen Verfügung der in Frage stehenden Art „nach Anhörung der Klage“ als möglich voraussieht, so kann doch nicht zugegeben werden, dass diese oft sehr tief greifenden Dispositionen — wie es auch nicht der Wille des Gesetzgebers sein konnte — unter Verletzung des Grundsatzes des gleichmässigen Gehörs getroffen werden, wie es unserem C. R. V., in dessen Rahmen auch der Ehescheidungsprozess sich abzuwickeln hat, zu eigen ist. Die richterliche Verfügung, von der das B.-Ges. Art. 44 spricht, darf eben nach Massgabe der kantonalen Prozessbestimmungen erst nach Anhörung auch der Gegenpartei erfolgen, da jener bundesgesetzlichen Bestimmung nicht der Charakter einer Spezialvorschrift zuerkannt werden darf, welche bei Einleitung des Prozesses von Beobachtung der kantonalrechtlichen diesbezüglichen Normen dispensieren würde.

(Verhandl. des Obergerichts und der Justizkomm. v. J. 1895, S. 133 ff.)

# A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

25. *Art. 56 des Bundesgesetzes betr. die Organisation der Bundesrechtspflege. Anwendung eidgenössischer Gesetze als Voraussetzung der Berufung.*

Eine von den kantonalen Gerichten unter Anwendung eidgenössischer Gesetze entschiedene Civilstreitigkeit liegt im Sinne des Art. 56 O.-G. nur dann vor, wenn die Normen des eidgenössischen Rechtes kraft bundesgesetzlicher Anordnung angewendet worden sind; nicht auch schlechthin allemal schon dann, wenn es sich überhaupt um Anwendung solcher, dem eidgenössischen Rechte entnommener, Normen handelt. Vielmehr kann die gedachte Voraussetzung des Rechtsmittels der Berufung nicht als gegeben betrachtet werden, wenn diese Normen, sei es bloss kraft kantonalgesetzlicher Anordnung, sei es an Stelle des grundsätzlich als massgebend erkannten, aber nicht nachgewiesenen, ausländischen Rechtes vom kantonalen Richter angewendet worden sind (vergl. die citierte Entscheidung A. S. Bd. XX S. 411 f.). (Entsch. v. 29. Dezember 1896 i. S. Batt & Cie c. Hollmann.)

---

26. *Bundesgesetz betr. die Organisation der Bundesrechtspflege, Art. 58. Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz Art. 282.*

Gerichtliche Ausweisungsbefehle gegen Mieter sind keine Hauptturteile, weshalb gegen sie die Berufung an das Bundesgericht nicht statthaft ist. (Entsch. v. 28. Dezember 1896 i. S. Fischer c. Horn.)

---

27. *Art. 59, 60 Abs. 2 des Bundesgesetzes betr. die Organisation der Bundesrechtspflege. Streitwertberechnung.*

1. Massgebend für die Streitwertberechnung sind nach Art. 59 Org.-G. die von den Parteien in Klage und Antwort vor dem erstinstanzlichen kantonalen Gerichte, nicht die vor Friedensrichteramt gestellten Begehren.

2. Art. 60 Abs. 2 Org.-G. entscheidet die Frage, ob für die Streitwertsberechnung der Betrag der Haupt- und der

Widerklage zusammenzurechnen sei, allgemein und grundsätzlich. Er unterscheidet nicht darnach, ob die Widerklage mit der Hauptklage konnex sei oder nicht, sondern schliesst die Zusammenrechnung allgemein, auch bei konnexen Widerklagen, aus. (Entsch. v. 22. Januar 1897 i. S. Knöpfli-Kägi c. Brodbeck u. Tamm.)

---

28. *Bundesgesetz betr. Organisation der Bundesrechtspflege vom 23. März 1893, Art. 60 Al. 1. Streitwertsberechnung für die Widerklage, wenn eine Mehrzahl von Ansprüchen widerklagsweise geltend gemacht wird.*

Le principe posé à l'art. 60 al. 1 O. T. F. (à teneur duquel les divers chefs de conclusions formés par le demandeur ou par des consorts sont additionnés, même lorsqu'ils portent sur des objets distincts, pourvu qu'ils ne s'excluent pas réciproquement) s'applique aussi aux conclusions reconventionnelles du défendeur. (Entsch. vom 28. Dezember 1896 i. S. Alder c. Schneider.)

---

29. *Bundesgesetz betr. die Organisation der Bundesrechtspflege, Art. 59, 67. Anfechtung von Genossenschaftsbeschlüssen. Streitwert. Notwendigkeit der Angabe desselben in der Berufungserklärung.*

Der Kläger hat einen Beschluss der Generalversammlung der Sparkasse Zug (einer Genossenschaft) betr. Statutenrevision gerichtlich angefochten.

Das Bundesgericht ist auf seine Berufung gegen die Entscheidung der kantonalen Gerichte wegen Inkompetenz nicht eingetreten, indem es ausführte: Das klägerische Rechtsbegehren enthält, wenn es auch nicht auf Bezahlung einer Geldsumme geht, doch zweifellos einen Anspruch vermögensrechtlicher Natur. Bei Rechtsbegehren von der Art der vorliegenden Klage ist nun der Wert des Streitgegenstandes, wie das Bundesgericht (in seiner Entscheidung in Sachen Ryf c. N. O. B., Amtl. Samlg. Bd. XX. S. 950, E. 5) ausgesprochen hat, nach dem Interesse zu bemessen, das der Kläger an der Bejahung der von ihm aufgestellten Rechtsfrage besitzt. Dieses Interesse bestimmt sich nach dem Wert der dem Kläger an der Genossenschaft zustehenden Anteilsrechte, und zwar kommt es im höchsten Fall diesem Werte gleich. Hierüber fehlen in den vorliegenden Akten alle Anhaltspunkte. Kläger hat sich nicht nur darüber ausgeschwiegen, welchen Wert er dem Streitgegenstande beimesse, sondern er hat auch unterlassen anzugeben, wie viel Anteilscheine er besitze. Ob der gesetz-

liche Streitwert in casu vorhanden sei, kann daher unmöglich auf Grund der vorliegenden Akten festgestellt werden. Gemäss Art. 67 Abs. 3 O. G. gehört es nun aber zu den Förmlichkeiten der Berufungserklärung, dass in derselben auch der Streitwert angegeben werde, sofern, wie es hier der Fall ist, die Zulässigkeit der Berufung vom Werte des Streitgegenstandes abhängt, und letzterer nicht in einer bestimmten Geldsumme besteht. Danach wäre Kläger verpflichtet gewesen, jedenfalls in seiner Berufungserklärung sich über den Streitwert auszusprechen. Da er dies nicht gethan hat und der gesetzliche Streitwert, wie bemerkt, auch aus den übrigen Akten nicht hervorgeht, kann derselbe nicht als gegeben betrachtet werden. (Entsch. vom 27. November 1896 i. S. Bossard, Schwerzmann c. Sparkasse Zug.)

---

**30.** *Bundesgesetz betr. die persönliche Handlungsfähigkeit v. 22. Juni 1881, Art. 4. O. R. Art. 31. Inwieweit ist für die Handlungsfähigkeit eidgenössisches Recht massgebend? Begriff der Handlungsfähigkeit.*

1. Die persönliche Handlungsfähigkeit regelt sich, soweit kantonales Recht nicht ausdrücklich vorbehalten ist, für das gesamte Privatrecht, also auch für die im übrigen der kantonalrechtlichen Normierung vorbehaltenen Kaufverträge über Liegenschaften nach eidgenössischem Recht, d. h. nach den Bestimmungen des Bundesgetzes vom 22. Juni 1881 (s. Amtl. Samlg. der bundesger. Entsch. Bd. XV, S. 450 Erw. 2).

2. Die Handlungsfähigkeit ist nicht nur dann ausgeschlossen, wenn jede Verstandesthätigkeit und Ueberlegung schlechthin aufgehoben erscheint, sondern auch dann, wenn ein Mensch zwar in gewissen Gedankenkreisen sich verständig bewegen kann, aber infolge psychischer Störung, wie dies nach dem Expertengutachten beim Greisenblödsinn der Fall ist, die Fähigkeit nicht mehr besitzt, den Zusammenhang des Geschehenen und der Verhältnisse, unter denen er sich befindet, festzuhalten, und die Bedeutung und Tragweite seiner Handlungen zu ermessen. Auch hier kann von normaler Bestimmbarkeit des Willens durch die Vernunft nicht mehr gesprochen werden, auch wenn der Betreffende mitunter in gewissen Verhältnissen sich anscheinend ganz vernünftig geberden kann. Trotz solcher einzelner Erscheinungen besitzt der an Altersblödsinn leidende Greis einen bewussten Willen so wenig als das Kind, das in gewissem Umfange vollkommen richtig zu denken versteht, aber noch nicht dazu gelangt

ist, die wirkliche Tragweite seiner Handlungen vollständig zu ermessen, und daher von Rechtswegen als handlungsunfähig betrachtet wird. (Entsch. vom 20. November 1896 i. S. Hafner-Peter c. Erben Bosshardt.)

---

31. *Art. 1, 16, 86 O. R. Wirkung der Beredung, dass die Erfüllung in die Willkür des einen Kontrahenten gestellt sein solle, bei gegenseitigen Verträgen. Bedeutung der Abrede, dass der Schuldner „nach Thunlichkeit“ bezahlen könne.*

In einem am 25. Oktober 1892 zwischen dem Kläger J. U. als Verkäufer und der Beklagten, Frau S. F.-Sch., als Käuferin abgeschlossenen Kaufvertrage war über die Zahlung des Kaufpreises folgendes bestimmt: „Art. 5. Frau F.-Sch. verpflichtet sich, den Rest der Summe, welche Hrn. U. zukommt, vom Tage der Uebernahme an zu $4^1/_2$ % zu verzinsen, gleichzeitig verpflichtet sich Frau F.-Sch., sobald sie ihr Kohlenbergwerk S. L. oder ihr Konfektionsgeschäft L. verkauft, die noch restierende Forderung des Hrn. U. sofort zurückzuerstatten. Art. 7. Im Falle Frau F.-Sch. obiges Kohlenbergwerk oder Konfektionsgeschäft nicht verkaufen kann, kann sie die Abzahlungen nach Thunlichkeit einrichten.“ Am 7. Januar 1893 fand zwischen Kläger und Beklagter eine Abrechnung statt, welche ein Guthaben des Klägers an die Beklagte im Betrag von Fr. 8920. 25 ergab. Von dieser Summe hat Beklagte denn auch gemäss dem Kaufvertrag die Jahreszinse auf 1. Januar 1894 und 1895 bezahlt. Im Jahre 1895 klagte der Verkäufer gegen die Käuferin auf sofortige Bezahlung des Kaufpreises. Die Beklagte anerkannte die Forderung grundsätzlich und im Masse, bestritt aber ihre Fälligkeit, indem sie sich auf die oben angeführten Art. 5 und 7 des Vertrages berief.

Durch die kantonalen Gerichte (Bezirksgericht und Obergericht Luzern) wurde die Klage gutgeheissen aus folgenden Gründen: Die Beklagte anerkenne grundsätzlich die eingeklagte Forderung, und bestreite nur deren Fälligkeit unter Hinweis auf die vertraglichen Bestimmungen, nach welchen es vollständig von ihrem Entscheide abhange, die Abtragung der Schuld auf einen ihr konvenierenden Zeitpunkt zu verschieben. Eine solche Stipulation, wonach es lediglich dem Willen des Schuldners anheimgestellt sei, seine anerkannte Schuldpflicht abzutragen, wann es ihm beliebe, komme praktisch auf das Gleiche hinaus, wie wenn dem Schuldner vorbehalten würde, es bleibe seinem eigenen Ermessen anheim-

gestellt, überhaupt zu bezahlen oder nicht. Eine solche Bestimmung gehe gegen das Wesen der Obligation selber, enthalte einen Widerspruch in sich selbst und sei daher nichtig.

In der bundesgerichtlichen Entscheidung dagegen wird ausgeführt: Der Anschauung der Vorinstanz, dass die Bestimmung nichtig sei, wonach der Beklagten die Fakultät eingeräumt wurde, die in Frage stehende Schuld nach Thunlichkeit abzubezahlen, kann nicht beigetreten werden. Selbst wenn die Annahme richtig wäre, dass jene Bestimmung es schlechthin in das Belieben der Beklagten stelle, wann sie die Abzahlungen vornehmen wolle, so würde daraus nicht unbedingt die Ungültigkeit der fraglichen Bestimmung folgen, indem es sich an und für sich fragen könnte, ob sich darin nicht eine Schenkung berge, und daher nach Art. 16 O. R. zu untersuchen wäre, ob das zwischen den Parteien abgeschlossene Rechtsgeschäft nicht von diesem Gesichtspunkt aus zu beurteilen sei. Unter allen Umständen aber geht es nicht an, mit dem kantonalgerichtlichen Urteil jene Bestimmung einfach so zu behandeln, als ob sie gar nicht getroffen worden wäre, daneben aber den Vertrag in seinen übrigen Bestimmungen aufrecht zu erhalten. Wenn es nämlich, wie die kantonale Instanz ausführt, mit dem Wesen der Obligation unvereinbar ist, dass die Erfüllung derselben in das Belieben des Verpflichteten gestellt wird, so muss daraus notwendig folgen, dass das betreffende Rechtsgeschäft in seiner Totalität ungültig zu erklären ist, und nicht nur jene, seinem Wesen widersprechende Bestimmung. Andernfalls würde der Richter bei gegenseitig verpflichtenden Geschäften dazu gelangen, denselben eine Tragweite beizumessen, die von den Kontrahenten gar nicht gewollt war, und es ist denn auch klar, dass die gegenwärtigen Parteien, indem sie Abzahlung des Kaufpreises nach Thunlichkeit vereinbarten, jedenfalls nicht das Resultat gewollt haben, welches sich aus der Argumentation der Vorinstanz ergiebt, dass nämlich die Zahlung des Kaufpreises sofort zu geschehen habe, sonst würden sie die fragliche Bestimmung gar nicht getroffen haben. Ein Antrag dahin, das ganze Kaufgeschäft als ungültig zu erklären, ist nun aber von keiner Seite gestellt worden, und hätte mit Erfolg auch nicht gestellt werden können; denn es ist gar nicht richtig, dass die Ermächtigung, den Kaufpreis nach Thunlichkeit abzubezahlen, den Verkäufer der reinen Willkür des Käufers preisgebe, so dass von einer Obligation nicht mehr gesprochen werden könnte. Unstreitbar sollte der Beklagten mit jener Bestimmung ein gewisser Spielraum rück-

sichtlich der Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtung gewährt werden, aber damit ist nicht gesagt, dass es für ihre Verpflichtung an einem objektiv bestimmbaren Massstab überhaupt fehle. Frägt es sich, was die Parteien mit der Bestimmung, die Beklagte könne die Abzahlungen nach Thunlichkeit einrichten, gemeint haben, oder vernünftiger Weise haben meinen können, so kann nicht zweifelhaft sein, dass dieselbe auf dem Gedanken beruht, es würde der Beklagten schwer fallen, schon in allernächster Zeit den ganzen Kaufrest abzubezahlen, sofern es ihr nicht gelingen sollte, das eine oder andere ihrer Geschäfte zu verkaufen, und dass der Kläger damit einverstanden war, den Verhältnissen der Beklagten in billiger Weise Rechnung zu tragen, d. h. Stundung zu gewähren, um ihr die Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtung in einer für sie nicht drückenden Weise zu ermöglichen. Es muss sich also fragen, ob nach der Aktenlage die Verhältnisse der Beklagten gegenwärtig sich so darstellen, dass sie billigerweise zur Bezahlung der geforderten Summe verhalten werden kann, bezw. welche weitere Stundung ihr eventuell mit Rücksicht auf ihre Verhältnisse gewährt werden müsse. Hiebei ist grundsätzlich davon auszugehen, dass es Sache der Beklagten ist, die Umstände darzuthun, welche geeignet sind, das vom Kläger gestellte Begehren als verfrüht erscheinen zu lassen. Gestützt auf die Würdigung der Beweisergebnisse verurteilte das Bundesgericht die Beklagte in concreto zur Bezahlung in drei gleichen Raten auf den Zeitpunkt der Rechtskraft des Urteils, den 30. Juni 1897 und 30. Juni 1898. (Entsch. vom 7. November 1896 i. S. Schnyder c. Ullrich.)

---

32. *Art. 36, 38, 77 ff., 105 Abs. 2, 198, 503, 882 Abs. 2 u. 3 O. R. Die Stellvertretung beurteilt sich auch für kantonalrechtliche Geschäfte (wie Abtretung grundversicherter Forderungen) nach eidgenössischem Rechte. — Die Haftung des Gläubigers gegenüber dem Bürgen für Erhaltung von anderweitigen Sicherheiten richtet sich nach dem Rechte der Zeit der Eingehung der Bürgschaft. — Zeitliche Rechtsanwendung hinsichtlich der Tilgung von Obligationen durch Erfüllung. — Anwendbarkeit der Bestimmungen des O. R. über Erfüllung der Obligationen auf grundversicherte Forderungen.*

1. Malgré la réserve de l'art. 198 C. O., on doit admettre que dans la cession des créances hypothécaires, aussi bien que dans tous autres actes de droit cantonal ou fédéral, le droit d'agir pour autrui, en tant qu'il ne découle pas de relations de famille ou de succession ou du droit public (art. 38 C. O.),

rentre entièrement dans le domaine du droit fédéral et se trouve régi par le C. O. C'est donc d'après ce droit qu'il faut décider en particulier si un acte consenti par un représentant sans pouvoirs a été ratifié ultérieurement par le représenté, et cela même lorsque cet acte lui-même est régi par le droit cantonal.

2. Le contrat de cautionnement en question étant régi par le droit cantonal, sous l'empire duquel il a été conclu, c'est d'après ce droit qu'il faut apprécier quel degré de diligence le créancier était tenu, vis-à-vis des cautions, d'apporter à la conservation et à l'exercice de ses droits, en particulier à la conservation des garanties personnelles ou réelles qui assuraient sa créance, et quelles sont les conséquences juridiques de l'inobservation de ces obligations. L'art. 503 C. O. n'est pas applicable aux cautionnements conclus avant l'entrée en vigueur de ce Code, même lorsque la sommation de la caution a eu lieu postérieurement et que l'inaction du créancier se produit par conséquent sous l'empire du droit fédéral (voir Rec. off. XX, page 179 et suiv.).

3. L'art. 882 al. 3 C.O. s'applique aussi à l'extinction des obligations par le moyen de leur exécution, pour autant que celle-ci n'est pas réglée par le contenu de l'obligation et régie conséquemment par le même droit que cette dernière. Les effets d'un paiement opéré sous l'empire du C. O. en exécution d'une obligation créée antérieurement sont donc régis par le droit nouveau.

4. Le droit cantonal demeure réservé en tant qu'il s'agit de déterminer la nature juridique des créances hypothécaires, c'est-à-dire de décider si les titres qui les constatent sont de simples titres dans le sens du droit commun ou des valeurs *(Wertpapiere)* analogues à la lettre de change et aux titres à ordre ou au porteur. Mais quant au surplus, il ressort de l'art. 105 C.O. que les règles sur l'exécution des obligations formulées dans ce Code sont applicables à toutes les créances, aussi bien lorsqu'elles sont garanties par hypothèque, gage mobilier ou cautionnement que lorsqu'elles ne sont pas garanties du tout. Cette opinion doit être admise non seulement en ce qui concerne l'exécution au sens strict, mais aussi à l'égard de la dation en paiement. Celle-ci n'est, il est vrai, pas réglée expressément par le C. O., mais elle doit être appréciée d'après le sens et l'esprit des règles qu'il pose au sujet de l'exécution. (Entsch. vom 12. Dezember 1896 i. S. Brossard c. Caisse d'Epargne et de Crédit des Franches-Montagnes.)

---

33. *Art. 50 ff. O. R. Verleitung zum Verrate von Fabrikgeheimnissen. — Abdingen von Arbeitern.*

1. In der unbefugten Aneignung eines Fabrikationsgeheimnisses zum Zwecke der eigenen Ausbeutung desselben liegt eine nicht nur moralisch verwerfliche, sondern auch gegen das positive Recht verstossende Handlung. Denn widerrechtlich ist jede Handlung, welche entweder gegen eine Verbotsnorm des allgemeinen Rechts verstösst, oder ein subjektives Recht eines Dritten verletzt. Nun gehört es aber zum Individualrecht eines Gewerbetreibenden, die internen Verhältnisse seines Geschäftes dem unbefugten Einblick Dritter zu entziehen, sodann namentlich auch das von ihm etwa beobachtete besondere Verfahren bei der Herstellung seiner Fabrikate, auf welchem möglicherweise die ganze Prosperität seines Gewerbes beruht, als seine Spezialität geheim zu halten, dasselbe vor unbefugter Kenntnisnahme Dritter und dadurch vor Nachahmung zu schützen. Es bedeutet also einen Eingriff in ein subjektives Recht des Gewerbetreibenden, wenn ein Dritter durch unlautere Mittel sich in den Besitz des von ihm gehüteten Fabrikationsgeheimnisses setzt, und begründet den Anspruch auf Schadenersatz, sofern der Gewerbetreibende dadurch in seiner Konkurrenzfähigkeit beeinträchtigt wird. Auf diesem Boden steht bekanntlich das französische Recht, welches den Verrat von Fabrikgeheimnissen seitens der Angestellten unter Strafe stellt (Art. 418 C. p., s. auch Pouillet, traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale No. 766 ff., Simon, die concurrence déloyale S. 34), ebenso die neue deutsche Gesetzgebung über concurrence déloyale (§ 9 und 10 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlautern Wettbewerbes vom 27. Mai 1896, Bachem und Rönen, Kommentar zu diesem Gesetz S. 38 ff). In gleichem Sinne hat sich auch eine Reihe deutscher Schriftsteller schon vor dem Erlass dieses Spezialgesetzes erklärt (s. z. B. Ortloff in Buschs Archiv für Handels- und Wechselrecht Bd. 46, S. 329 ff.; Alexander-Katz, die unredliche Konkurrenz S. 50 ff.; Scherer, Gutachten in den Verhandlungen des 23. deutschen Juristentages, Bd. I, S. 226 ff.).

2. In der Thatsache allein dagegen, dass die Beklagten Arbeiter der Kläger durch Versprechen höhern Lohnes zum Uebertritt in ihr Geschäft veranlasst haben, kann eine widerrechtliche Handlung nicht erblickt werden; es kann unter Umständen eine solche Handlungsweise eines Konkurrenten vom Standpunkt des im Verkehr zu beobachtenden Anstandes aus als anstössig erscheinen, allein widerrechtlich ist sie nicht,

sofern dabei nicht etwa unerlaubte Mittel, wie Zwang, Drohung, ungerechte Herabwürdigung des Geschäftes, u. s. w. angewendet worden sind. Denn die Interessen seiner Mitbewerber ist der Konkurrent zu schonen nicht verpflichtet. Die Schädigung dieser Interessen vermag daher die Anwerbung von Arbeitern des Mitbewerbers für sich allein nicht zu einer rechtswidrigen Handlung zu stempeln. (Entsch. v. 5. Februar 1897 i. S. Artistisches Institut Orell Füssli c. Müller & Trüb.)

---

34. *Art. 50, 52 O. R. Verpflichtung des Dienstherrn, insbesondere des Lehrherrn, für die Sicherung seiner Arbeiter gegen Berufsgefahren zu sorgen. Begriff des „Versorgers“ im Sinne des Art. 52 O. R.*

Am 1. April 1895 war der damals 15 Jahre alte A. D., Sohn der Kläger, beim Beklagten, Malermeister Ch. H. in Zürich, in die Lehre getreten. Am 20. Juli gl. J. erlitt A. D. bei Ausführung einer ihm von seinem Lehrmeister übertragenen Arbeit einen Unfall. Er hatte an diesem Tage einen Balkon im ersten Stock eines Neubaues anzustreichen. Als er mit dem Bemalen der Träger dieses Balkons beschäftigt war, geriet die Leiter, auf der er stand, ins Schwanken, er verlor das Gleichgewicht und stürzte zu Boden. Die durch den Fall verursachten Verletzungen waren so schwer, dass er am 25. Juli an deren Folgen starb. Die Eltern des Verunglückten belangten dessen Lehrmeister auf Bezahlung von 5000 Fr. Schadenersatz nebst Zins zu 5 % seit 4. September gl. J. Die Klage wurde vom Bundesgericht (im reduzierten Betrag von Fr. 1500) gutgeheissen. In grundsätzlicher Beziehung wurde ausgeführt: Zwischen dem Beklagten und dem Verunglückten bestand auf Grund des im Frühjahr 1895 abgeschlossenen Lehrvertrages ein Dienstverhältnis, und der Unfall ereignete sich bei einer Arbeit, die dieser in seiner Stellung als Lehrling des Beklagten auszuführen hatte. Nun hat das Bundesgericht schon wiederholt grundsätzlich ausgesprochen, dass dem Arbeitgeber aus dem Dienstvertrag die kontraktliche Verpflichtung erwachse, für die Sicherheit seiner Arbeiter gegen Berufsgefahren die erforderlichen und nach den Verhältnissen zu erwartenden Vorsichtsmassregeln zu treffen (s. bundesger. Entsch. Bd. XX, S. 487 Erw. 2, und S. 1129). Diese Pflicht des Arbeitsherrn, die im Gesetze zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, sich jedoch aus der Natur des Dienstvertrages von selbst ergiebt, besteht in erhöhtem Masse gegenüber seinen Lehrlingen, da der Arbeitsherr die-

selben ihren Beruf zuerst zu lehren, sie mit der Arbeit vertraut zu machen hat, und deshalb bei ihnen nicht die Vertrautheit mit den damit verbundenen Gefahren, die dabei zu beobachtende Vorsicht und das Mass der Geschicklichkeit voraussetzen darf, wie bei ausgelernten Arbeitern. Wenn daher der Arbeitgeber ohne die nötige Aufsicht und Anleitung den Lehrling Arbeiten verrichten lässt, die für diesen mit Gefahr verbunden sind, und insbesondere nicht verhütet, dass derselbe eines Hülfsmaterials sich bedient, dessen Benutzung bei der von ihm zu erwartenden Geschicklichkeit und Vorsicht als gefährlich erscheinen muss, so verstösst er damit gegen eine durch den Dienst- bezw. Lehrvertrag übernommene Pflicht. Er haftet, wenn der Lehrling infolge einer solchen Unterlassung eine Verletzung erleidet, für den daraus entstehenden Schaden, und zwar nicht nur aus dem Vertrag, durch welchen er diese speziellen Pflichten übernommen hat, sondern auch aus Delikt, indem in der Nichtbefolgung dieser Pflichten zugleich die Verletzung eines allgemeinen Gebots der Rechtsordnung liegt, welche Leben und Gesundheit der Bürger gegen schuldhafte, vorsätzliche oder fahrlässige Schädigungen unbedingt schützt (Amtl. Samml. d. bg. Entsch. XVIII, S. 861, Erw. 5).

Bei Bemessung des Quantitativs der Entschädigung wurde in Betracht gezogen, dass der Sohn D. aller Wahrscheinlichkeit nach in Zukunft der Versorger und die Stütze der Kläger geworden wäre, und dass daher den Klägern nach Art. 52 O. R. auch ein Ersatzanspruch dafür zustehe, dass diese Erwartung durch den Tod ihres Sohnes vernichtet worden sei. Denn das Bundesgericht habe in feststehender Praxis Art. 52 O. R. dahin ausgelegt, dass nicht schlechthin das thatsächliche Verhältnis zur Zeit des Todes entscheidend, sondern auch darauf Rücksicht zu nehmen sei, wie dasselbe im normalen Verlauf der Dinge sich gestaltet hätte, so dass auch, wenn der Getötete zur Zeit des Todes noch nicht für seine Familie sorgte, nach den Verhältnissen aber anzunehmen sei, dass er in Zukunft der Versorger und die Stütze derselben geworden wäre, ein Ersatzanspruch der Hinterlassenen aus Art. 52 begründet erscheine. (Entsch. v. 4. Dezember 1896 i. S. Dilena c. Heussler.)

---

35. *Art. 62 O. R. Haftung des Geschäftsherrn für seine Angestellten oder Arbeiter. Entlastungsbeweis des Geschäftsherrn.*

Vor dem Gasthause zum Löwen in Arbon, auf der Landstrasse Arbon-Romanshorn, war im Juni 1895 ein Baugerüst angebracht, durch welches die Strassenbreite von 5,07 m. auf

3,6 m. verengert wurde. Am 10. Juni 1895 fuhr der Knecht der Beklagten, G. B., mit einem beladenen Heuwagen, dessen Tisch 1,61 m. breit war, während der beladene Wagen eine Breite von 3,3 m. gehabt haben mag, auf der Landstrasse vor dem Gasthause zum Löwen vorbei. Er fuhr dabei an das Baugerüst an, was zur Folge hatte, dass eine Gerüstleiter brach und der Kläger, welcher als Arbeiter des Maurermeisters L. Sp. auf dem Gerüste beschäftigt war, auf die Strasse herunterstürzte und sich schwere körperliche Verletzungen zuzog. Der Kläger belangte hierauf die Beklagten als Dienstherren des G. B. auf eine Entschädigung von Fr. 20,000.—, gestützt auf Art. 62 O. R. Die Klage wurde abgewiesen. In den Gründen der bundesgerichtlichen Entscheidung wird ausgeführt: Es mag dahingestellt bleiben, ob Art. 62 O. R., wie die Vorinstanz annimmt, immer ein Verschulden derjenigen Person voraussetze, welche thatsächlich den Schaden verursacht hat, oder ob nicht, wie von anderer Seite ausgeführt worden ist (s. Bieder, die Haftung für fremde unerlaubte Handlungen, in der Zeitschrift für schweiz. Recht, Bd. 27, S. 327 ff.), die auf diese Gesetzesbestimmung gegründete Klage schon damit als fundamentiert erscheint, dass der Kausalzusammenhang des Schadens mit einer Handlung oder Unterlassung einer Person, für welche nach Art. 62 gehaftet wird, festgestellt ist, so dass der Verletzte in keinem Fall das Verschulden des Thäters zu beweisen hat. Im vorliegenden Falle ist nämlich die Frage, ob der Geschäftsherr nach Art. 62 cit. auch dann hafte, wenn sein Angestellter den Schaden schuldlos verursacht hat, deshalb gegenstandslos, weil dem Angestellten der Beklagten, G. B., im Gegensatz zu der Auffassung der Vorinstanz, ein Verschulden in der That zur Last gelegt werden muss. Frägt es sich nun aber weiter, ob der den Beklagten nach Art. 62 O. R. zustehende Entlastungsbeweis, dass sie alle erforderliche Sorgfalt zur Verhütung des durch ihren Arbeiter B. verursachten Schadens angewendet haben, geleistet sei, so ist zunächst die Tadellosigkeit des von B. benutzten Wagens und der Pferde durch die Vorinstanz in für das Bundesgericht verbindlicher Weise thatsächlich festgestellt. Es muss sich sonach einzig noch fragen, ob Beklagte bei Anstellung und Beaufsichtigung des B. es an der erforderlichen Sorgfalt haben fehlen lassen, bezw. ob sie den Beweis für die Anwendung der ihnen obliegenden Sorgfalt geleistet haben. Hiebei ist es offenbar nicht die Meinung des Art. 62 O. R., dass der Geschäftsherr das Nichtvorhandensein von Thatsachen, welche auf ein Verschulden auf seiner

Seite schliessen liessen, beweisen müsse, sofern solche Thatsachen vom Geschädigten gar nicht behauptet worden sind. Vielmehr liegt ihm, was die Auswahl und Beaufsichtigung der Angestellten anbetrifft, nur der Beweis dafür ob, dass er bei der Anstellung mit der nötigen Vorsicht vorgegangen sei, und diejenige Aufsicht ausgeübt habe, welche allgemein von einem Geschäftsherrn im Interesse der Verkehrssicherheit gegenüber seinen Angestellten gefordert werden muss. In casu steht nun nach den von den Beklagten eingelegten Zeugnissen fest, dass G. B. den Beruf eines Fuhrmanns schon seit 1873 zur vollen Zufriedenheit seiner Dienstherren ausgeübt hat, so dass die Beklagten denselben, gestützt auf diese Zeugnisse, mit aller Beruhigung als Fuhrmann anstellen durften, sofern nicht bestimmte Thatsachen vorlagen, welche jene Zeugnisse als unglaubwürdig oder wahrheitswidrig erscheinen liessen, oder Thatsachen aus der Zeit nach deren Ausstellung, welche das Vertrauen in denselben beeinträchtigen mussten. Solche Thatsachen sind nun aber vom Kläger nicht einmal behauptet worden. Es kann sich also nur darum handeln, ob die Beklagten die allgemein dem Geschäftsherrn bezüglich der Beaufsichtigung der Verrichtungen seiner Angestellten obliegende Sorgfalt angewendet, bezw. den Beweis hiefür in den vorliegenden Akten geleistet haben. Nun würde die Anforderung offenbar zu weit gehen, dass der Geschäftsherr, welcher einen zuverlässigen, erfahrenen Fuhrmann (als welchen die Beklagten den B. ansehen durften) angestellt hat, demselben für die Besorgung gewöhnlicher Fuhrwerke noch eine besondere Anleitung geben müsse, wenigstens so lange dieser nicht durch sein Benehmen zu einer besondern Aufsicht oder Instruktion Veranlassung giebt, was in casu für die Zeit vor der Verletzung des Klägers nicht angenommen werden kann. Bei gewöhnlichen Fuhren wird sich vielmehr der Geschäftsherr in der Regel schon durch den Nachweis, dass er einen zuverlässigen Knecht angestellt, und demselben tadelloses Material übergeben habe, von jeder Haftpflicht befreien können. In casu handelte es sich allerdings nicht um ein gewöhnliches Fuhrwerk, sondern um ein Heufuder, welches in Breite und Höhe andere Lastfuhrwerke erheblich überragt und zweifellos für dritte Personen gefahrdrohender war. Immerhin erklärt die Vorinstanz, die Breite des in Frage stehenden Heufuders könne nach der im Kanton Thurgau bestehenden Uebung keineswegs als übermässig gross und daher unstatthaft bezeichnet werden; infolgedessen habe auch in dem Laden des Fuders kein schuldhaftes Handeln der

Arbeiter der Beklagten gelegen. Aus dieser Ausführung der Vorinstanz ist ohne weiteres zu folgern, dass vom Standpunkt der thurgauischen Wegpolizeigesetzgebung aus jenes Heufuder nicht unstatthaft gewesen sei, den Beklagten also keine Polizeiübertretung zur Last falle, und da es sich hiebei um die Anwendung des kantonalen Rechts handelt, steht dem Bundesgerichte die Ueberprüfung des angefochtenen Urteils in diesem Punkte nicht zu. Es kann also auch nicht gesagt werden, dass die Beklagten schon dadurch es an der erforderlichen Sorgfalt haben fehlen lassen, dass sie den Heuern und dem Fuhrmann das Laden und Führen eines so breiten Fuders nicht allgemein verboten haben. Es bleibt also nur die Frage, ob Beklagte nicht gerade mit Rücksicht auf die Existenz des Gerüstes beim Löwen ein solches Verbot hätten erteilen sollen. Dies konnte ihnen jedoch nicht zugemutet werden. Die Beklagten durften sich darauf verlassen, dass eine derartige dauernde Beeinträchtigung des Verkehrs, wie sie in vorliegendem Falle durch die Plazierung eines Gerüstes auf öffentlichem Grunde stattfand, ohne spezielle obrigkeitliche Bewilligung nicht geduldet, und dass die Bewilligung dazu jedenfalls nur unter gleichzeitiger Anordnung der für die Verkehrssicherheit nötigen Vorsichtsmassregeln erteilt werde. Sie durften annehmen, dass, soweit besondere Anordnungen und Weisungen erforderlich seien, welche auf eine Einschränkung der Strassenbenutzung durch andere Personen zielen, dieselben an Ort und Stelle, durch Errichtung von Warnungstafeln, teilweise Absperrung u. drgl. durch die Strassenbehörde, oder denjenigen getroffen werden, der die Strasse in so ausserordentlicher Weise in Anspruch nehmen werde. Dass die Beklagten gewusst haben, dass derartige notwendige Sicherheitsmassregeln seitens der Polizeibehörde oder seitens des Bauherrn in casu unterlassen worden seien, geht aus den Akten nicht hervor, vor den kantonalen Instanzen ist nicht einmal behauptet worden, dass sie jenes Gerüst gekannt haben. Es darf daher den Beklagten deshalb, dass sie wegen des Gerüstes ihrem Fuhrmann nicht eine besondere Anweisung erteilt haben, sondern sich darauf verliessen, dass derselbe als erfahrener Fuhrmann in richtiger Weise vorgehen werde, der Vorwurf mangelnder nötiger Sorgfalt nicht gemacht werden. (Entsch. v. 18. Dezember 1896 i. S. Bussolini c. F. Saurers Söhne.)

---

36. *Art. 105, Abs. 1 O. R. Lebenspräsumtion für Verschollene. Oertliches Recht hinsichtlich der Stellvertretung. Inwieweit ist die gerichtliche Amortisation abhanden gekommener Schuldurkunden erforderlich?*

1. Die Frage, ob ein Verschollener, über dessen Leben und Tod keine Gewissheit besteht, rechtlich als fortlebend zu betrachten sei, ist auch dann, wenn sie für Rechtsverhältnisse des Obligationenrechts in Betracht kommt, keine Frage des Obligationenrechts, sondern grundsätzlich eine solche des Personenrechts. Denn es kommen für deren Beantwortung die Rechtssätze über Beginn und Ende der Rechtsfähigkeit, also Rechtssätze nicht des Obligationenrechts, sondern des Personenrechts zur Anwendung.

2. Der Vollmachtgeber wird durch den Bevollmächtigten jedenfalls insoweit gültig vertreten, als dieser nach dem den Vollmachtvertrag beherrschenden Rechte hiezu befugt ist.

3. Das Obligationenrecht anerkennt als Wertpapiere, bei welchen der Schuldner nur gegen Rückgabe der Urkunde oder gegen ein dieselbe vertretendes, auch gegen Dritte wirksames, gerichtliches Amortisationsdekret zur Erfüllung verpflichtet ist, wie das Bundesgericht in seiner Entscheidung in Sachen Hauert gegen Zürcher Kantonalbank vom 21. Juni 1884 (Amtl. Sammlung der bundesgerichtl. Entsch. Bd. X, S. 281 ff.) ausgesprochen hat (abgesehen von den dem kantonalen Rechte vorbehaltenen grundversicherten Papieren), nur Wechsel-, Ordre- oder Inhaberpapiere. Für alle übrigen verbrieften Forderungen gilt nach dem Obligationenrecht einfach die Regel des Art. 105, Abs. 1 dieses Gesetzes, wonach, wenn der Gläubiger behauptet, der Schuldschein sei abhanden gekommen, der Schuldner bei der Zahlungsleistung fordern kann, dass der Gläubiger die Entkräftung des Schuldscheines und die Tilgung der Schuld in einer öffentlichen oder beglaubigten Urkunde erkläre. Dass der Gläubiger die Behauptung, der Schuldschein sei abhanden gekommen, persönlich aufstellen müsse, nicht auch sein Stellvertreter diese Behauptung in seinem Namen aufstellen könne, ist offenbar unrichtig, denn es gehört ja die Aufstellung dieser Behauptung zur Geltendmachung desjenigen Anspruchs, zu dessen Wahrung der Stellvertreter befugt ist. In Anwendung dieser Grundsätze wurde eine von einem Bevollmächtigten gemäss Art. 105, Abs. 1 O. R. abgegebene Entkräftungserklärung als genügend erklärt gegenüber einem Bankdepositenschein, welcher bestimmt, dass die Auslieferung des Depositums erfolge „gegen Rückgabe des quittierten Depositenscheins an den Deponenten oder an einen von ihm hiezu genügend Bevoll-

mächtigten." (Entsch. vom 22. Januar 1897 in S. Ritter von Haberler namens des Erzherzogs Johann v. Oesterreich (Johann Orth) c. Aktiengesellschaft Bank in St. Gallen.)

---

37. *Art. 113, 254, 890 O. R. Konkordat betr. die Viehhauptmängel vom 5. August 1852. Beweisleistung für die Mängel der Kaufsache bei der Wandelungsklage. Wandelung bei zufälligem Untergang der Kaufsache. Inwieweit haftet der Schuldner bei Annahmeverzug des Gläubigers für Fahrlässigkeit?*

Am 1. Juli 1896 kaufte der Kläger, Schl.-V. in Basel, von den Beklagten, den Pferdehändlern Gebr. Bl. daselbst, eine Irländerstute gegen Zahlung von Fr. 2000 und Hingabe eins Braunwallachs. Die Beklagten verpflichteten sich dabei, die Stute bis zum 1. August gl. J. gegen Barzahlung von Fr. 2500 zurückzunehmen, falls sie beim Reiten oder Fahren scheue, oder nicht ganz vertraut am Wagen ein- und zweispännig gehe. Am 24. Juli stellte Kläger das gekaufte Pferd den Beklagten zur Disposition, weil dasselbe weder ein- noch zweispännig anziehe. Die Beklagten liessen am 25. Juli das Pferd in ihrer Reitschule probieren, und verweigerten auf diese Probe hin, dasselbe zurückzunehmen, worauf es vom Kutscher des Klägers wieder mitgenommen und in den Stall des Klägers gestellt wurde. Am Abend des gleicheu Tages erkrankte das Pferd und verendete Tags darauf. Der Kläger belangte nun die Beklagten auf Zahlung der vereinbarten Garantiesumme von Fr. 2500 nebst Zins à 5 % vom 24. Juli 1896 an, sowie weiterer 47 Fr. Beide kantonalen Instanzen haben die Klage gutgeheissen, und das Bundesgericht hat diese Entscheidung bestätigt aus folgenden Gründen: Die Klage stellt sich als Wandelungsklage dar; denn das Klagbegehren des Klägers geht rechtlich dahin, den Kauf rückgängig zu machen wegen Mängel der Kaufsache, für welche die Gewährleistung des Verkäufers in Anspruch genommen wird. Rücksichtlich der Gewährleistung beim Viehhandel greifen nun die Bestimmungen des eidg. Obligationenrechts Platz, soweit diese Gewährleistung nicht durch die kantonale Gesetzgebung bezw. das Konkordat speziell normiert ist (s. Entsch. des Bundesgerichts in Sachen Bloch c. Gülich, Amtl. Sammlg. Bd. XXII, S. 867, E. 4[1]). Da hier die Rückbietung des Pferdes nicht auf Grund eines Konkordatshauptmangels erfolgt ist, kommt nicht das Konkordat, sondern das eidg. Obligationenrecht zur Anwendung. Da der Käufer den Kaufgegenstand als Erfüllung

[1]) Vgl. Revue oben Nr. 6.

angenommen und den Preis bezahlt hat, bedarf es des vom Verkäufer zu leistenden Beweises, dass er seinerseits erfüllt habe, nicht mehr, sondern es hat der Käufer, welcher wegen behaupteter Sachmängel Ansprüche an den Verkäufer erhebt, das Vorhandensein dieser Mängel darzuthun. (Amtl. Sammlg der bundesgerichtl. Entsch. Bd. XV, S. 800.) Dieser Beweis muss nun aber als erbracht angesehen werden. Es muss also mit der Vorinstanz angenommen werden, dass Kläger berechtigt war, den Beklagten das Pferd zurückzubieten. Daraus folgt gemäss Art. 254 O. R. weiter, dass die Gefahr des Untergangs des Pferdes nicht den Kläger, sondern die Beklagten traf. Denn nach Art. 254 cit. kann die Wandelung auch begehrt werden, wenn die mangelhafte Sache infolge ihrer Mängel oder durch Zufall untergegangen ist, und der Käufer hat in diesem Falle nur das zurückzugeben, was ihm von der Sache verblieben ist. Es kann sich also nur noch fragen, ob das Pferd nicht durch ein Verschulden des Klägers zu Grunde gegangen sei, in welchem Falle die Wandelungsklage nach Art. 254, zweiter Absatz, nicht statthaft ist. In Bezug auf das Mass der vom Kläger zu prästierenden Diligenz kommt in Betracht, dass die Beklagten nach dem oben Ausgeführten die Rücknahme des Pferdes grundlos verweigert, sich also von dem Moment an, wo es ihnen zurückgeboten wurde, im Annahmeverzug befunden haben. Während nach gemeinem Recht der Schuldner beim Annahmeverzug des Gläubigers bekanntlich nur für dolus und culpa lata haftet (Dernburg, Pand. II. § 43; Windscheid, Pand. § 346), macht allerdings das eidg. Obligationenrecht von dem in Art. 113 ausgesprochenen Grundsatz, dass der Schuldner im allgemeinen für jede Fahrlässigkeit haftet, für diesen Fall keine Ausnahme. Allein diese grundsätzliche Haftung des Schuldners bestimmt sich überhaupt nicht nach einem für alle Fälle gleichen Masse, sondern sie ist je nach der besonderen Natur des Geschäfts eine mehr oder minder ausgedehnte, und wird insbesondere milder beurteilt, wenn das Geschäft für den Schuldner keinerlei Vorteil bezweckt (Art. 113). In Anwendung dieser hinsichtlich der Abstufung der Diligenzpflicht geltenden Grundsätze muss denn an die Diligenzpflicht des Schuldners auch in dem Falle ein weniger strenger Massstab angelegt werden, wo der Gläubiger sich im Annahmeverzug befindet. Dass nun der Kläger die ihm obliegende Sorgfalt in der Obhut des Pferdes angewendet habe, muss nach den Feststellungen der Vorinstanz in der That angenommen werden. (Entsch. v. 22. Januar 1897 in S. Bloch c. Schlumberger-Vischer.)

38. *Art. 142, 143, 146, 154 O. R. Novation durch Wechselausstellung? Unterbrechung der Verjährung der Forderung aus dem unterliegenden Verhältnisse durch Geltendmachung einer Wechselforderung. Eingabe in ein amtliches Güterverzeichnis.*

E. u. J. St. hatten dem Notar D. über eine durch Anerkennung vom 2. Nov. 1885 festgestellte Forderung aus Mandat zwei Eigenwechsel ausgestellt, welche verschiedentlich erneuert, zuletzt auf 20. Dez. 1885 zahlfällig gestellt wurden. D. leitete auf diese Wechsel gestützt in den Jahren 1885 und 1886 Betreibung ein, liess dieselbe aber fallen und gewährte Stündigung. Nach dem im Jahre 1887 erfolgten Tod des E. St. machte D. die beiden Wechsel in dessen amtlichem Güterverzeichnisse geltend. Im Jahre 1894 machte er seine Forderung gegen J. St. und die Erbin des E. St., Y. St., wechselrechtlich geltend, unterlag aber im Prozesse wegen eingetretener Wechselverjährung. Mit Ladung vom 2. Dez. 1895 klagte D. daraufhin seine Forderung aus Mandat im Wege des ordentlichen Civilprozesses ein. Die derselben von den Beklagten entgegengestellten Einreden der Novation und Verjährung wurden vom Bundesgericht verworfen und die Beklagten zur Zahlung verurteilt. Hinsichtlich der Einrede der Novation ist im bundesgerichtlichen Urteile bemerkt: Wie das Bundesgericht schon wiederholt entschieden habe (Amtl. Slg Bd 14, S. 311 Erw. 6), habe die Ausstellung eines Wechsels an sich nicht die Novation der zu Grund liegenden zivilrechtlichen Forderung zur Folge. Insbesondere wenn ein Schuldner seinem Gläubiger einen nicht zur Zirkulation bestimmten Eigenwechsel ausstelle, habe dies regelmässig bloss zum Zweck, dem Gläubiger ein Mittel leichterer Realisierung seiner Forderung an die Hand zu geben. Damit die Ausstellung eines Wechsels Novationswirkung habe, sei erforderlich, dass sich aus den Umständen oder dem ausdrücklich ausgesprochenen Willen der Parteien ergebe, dass diese Wirkung beabsichtigt sei. Daran mangle es nun im vorliegenden Falle vollständig. — Bezüglich der Verjährung wird ausgeführt: Die Forderung wäre, da zwischen der Anerkennung vom 2. Nov. 1885 und der Anhebung des gegenwärtigen Prozesses mehr als 10 Jahre verstrichen seien, allerdings verjährt, wenn keine Unterbrechung der Verjährung stattgefunden hätte. Dies sei aber geschehen. Zwar habe die Eingabe im amtlichen Güterverzeichnisse gemäss Art. 154 O. R. die Verjährung nicht unterbrochen. Wohl aber sei dies durch die in den Jahren 1885 und 1886 eingeleiteten Betreibungen geschehen. Denn durch diese auf die beiden Eigenwechsel gestützten Betreibungen habe der Gläubiger, da eben die

Wechsel die ursprüngliche Forderung nicht ersetzt, sondern dem Gläubiger bloss als Mittel leichterer Realisierung derselben gedient haben, nicht nur die vom Schuldgrunde losgelöste Wechselforderung, sondern auch die zivilrechtliche Forderung aus dem unterliegenden (Mandats-) Verhältnisse geltend gemacht. (Entsch. v. 4. Dez. 1896 in S. Dupré c. Stöcklin.)

---

39. *Art. 56 des Bundesgesetzes betr. die Organisation der Bundesrechtspflege. Die Uebertragbarkeit einer Forderung beurteilt sich nach dem für dieselbe massgebenden örtlichen Rechte, nicht nach dem Rechte, welches für das Cessionsgeschäft massgebend ist.*

H. F., welcher aus der beklagten (österreichischen) Genossenschaft ausgeschlossen worden war, hatte seine Forderung auf Herausgabe seines Genossenschaftsanteils in St. Gallen an seinen dort wohnenden Sohn J. F. cediert. Letzterer klagte die Forderung in St. Gallen ein, wurde aber von den kantonalen Gerichten wegen mangelnder Aktivlegitimation abgewiesen, weil die Forderung des H. F. an die Genossenschaft gemäss dem nach österreichischem Rechte gültigen Genossenschaftsstatut nicht übertragbar sei. Das Bundesgericht ist auf die Berufung nicht eingetreten, weil nicht eidgenössisches, sondern österreichisches Recht anwendbar sei. In der Begründung des bundesgerichtlichen Urteils wird ausgeführt:

Es kann einem Zweifel gewiss nicht unterliegen, dass das Forderungsverhältnis zwischen dem Cedenten H. F. und der beklagten Genossenschaft ausschliesslich von österreichischem Rechte beherrscht wird; nach diesem Rechte muss danach auch beurteilt werden, ob H. F. zu Abtretung seiner Forderung befugt oder ob die Uebertragbarkeit derselben durch gültige Vereinbarung ausgeschlossen war. Der Umstand, dass die Cession vom 6. Mai 1896 in der Schweiz stattfand, und dass, was übrigens nicht einmal sicher feststeht, damals schon Cedent und Cessionar in der Schweiz gewohnt haben mögen, ändert hieran nichts. Die Cession als selbständiges Rechtsgeschäft zwischen Cedent und Cessionar untersteht allerdings nicht schlechthin dem Ortsrechte der abzutretenden Obligation, sondern es gilt für dieselbe (die Haftung des Cedenten u. s. w.) dasjenige örtliche Recht, welchem eben das selbständige Cessionsgeschäft untersteht. Dagegen bleibt die Stellung des Schuldners einer abgetretenen Forderung nach wie vor der Cession durch dasjenige Recht beherrscht, welches für diese Forderung von Anfang an massgebend war; nach

diesem Rechte muss sich insbesondere die Frage beurteilen, ob die Forderung überhaupt übertragbar oder vielmehr, insbesondere wegen vertraglichen Ausschlusses der Uebertragbarkeit, unübertragbar war. Denn bei dieser Frage handelt es sich ja eben um den Inhalt der Obligation, wie sie zwischen dem Schuldner und dem Cedenten begründet wurde, und dieser kann sich nur nach dem diese Obligation beherrschenden, in casu also nach österreichischem Rechte beurteilen (vergl. Entsch. des Bundesger., Amtl. Slg Bd XVIII S. 522 u. ff.). (Entsch. v. 22. Januar 1897 i. S. Fenkart c. Vorarlberger Stickereigesellschaft in Dornbirn.)

---

**40.** *Art. 277, 297 O. R. Rücktrittsrecht des Pächters.*

Der Pächter, der durch eigene rechtswidrige Handlungen des Verpächters in seinem Pachtbesitz gestört wird, ist nicht darauf beschränkt, Ersatz des ihm dadurch zugefügten Schadens nach Massgabe des Art. 112 O. R. zu verlangen, sondern er ist auch berechtigt, nach Analogie von Art. 277 ibidem, dem Verpächter eine angemessene Frist zur Beseitigung der Störung anzusetzen, nach deren fruchtlosem Ablauf vom Vertrage zurückzutreten, und, wenn er ein Verschulden des Verpächters beweist, sich auch für den Schaden, der ihm aus diesem Rücktritt erwächst, an den Verpächter zu halten. (Entsch. vom 27. November 1896 i. S. Bracher c. de Béon.)

---

**41.** *Art. 357 O. R. Rügefrist beim Werkvertrage. Beginn und Dauer derselben. Wann ist das Werk abgeliefert?*

1. Le texte français de l'art. 357 C. O. dispose que le maître doit vérifier l'état de l'ouvrage *„dans le délai usuel,“* réservant ainsi, en apparence, les usages qui pourraient exister en matière de vérification d'ouvrages. Le texte allemand statue que la vérification doit avoir lieu *„sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange thunlich ist,“* c'est-à-dire aussitôt qu'elle est possible d'après la marche ordinaire des affaires, — faisant ainsi dépendre la détermination du délai non de l'usage, mais de la marche habituelle des affaires. Le texte italien concorde avec le texte allemand. Cette circonstance fournit un premier argument pour envisager comme authentique le texte conforme des éditions allemande et italienne. Cette solution se justifie en outre par la comparaison de l'art. 357 avec l'art. 246 C. O. Le texte allemand de ce dernier article dit, en termes identiques à ceux employés par l'art. 357, que l'acheteur doit vérifier l'état de la chose achetée *„sobald dieses nach dem üb-*

*lichen Geschäftsgange thunlich ist,“* termes rendus dans le texte français par: *„aussitôt qu'il le peut d'après la marche habituelle des affaires.“* Si les mêmes mots du texte allemand ont été rendus dans la traduction française de l'art. 357 par ceux de *„dans le délai usuel,“* il faut l'attribuer exclusivement à une inexactitude de traduction, le véritable sens de cette disposition légale étant que la vérification de l'ouvrage doit avoir lieu aussitôt qu'elle est possible d'après la marche habituelle des affaires.

On ne peut dès lors pas accueillir la manière de voir de la Cour cantonale, qui, s'appuyant sur un prétendu usage d'après lequel, en matière de fourniture de turbines, l'essai au frein pourrait être demandé dans le délai de garantie de six mois après la livraison, a estimé que la vérification devait être envisagée comme faite en temps utile parce qu'elle avait eu lieu dans le délai de six mois dès la livraison. A supposer même que l'usage en question existe, il ne saurait impliquer une dérogation à la disposition de l'art. 357 C. O. qui, ainsi qu'il a été démontré, ne réserve pas les usages existants. Cette dérogation ne pourrait résulter que d'une entente expresse ou tacite, en vertu de laquelle l'usage indiqué par la Cour cantonale aurait été accepté comme loi du contrat; mais un accord dans ce sens n'a pas même été allégué.

2. La *livraison est effectuée* dès que l'ouvrage est mis à la disposition du maître, et, d'après l'art. 357, c'est à celui-ci qu'incombe la vérification, sans que l'entrepreneur soit tenu d'y participer. Néanmoins il peut être dérogé à ce principe par convention des parties, notamment par la stipulation que la livraison doit être accompagnée d'un essai à faire par l'entrepreneur en présence du maître. Si, dans ce cas, le maître déclare lors de l'essai ne pas vouloir accepter l'ouvrage, on ne saurait prétendre qu'il y ait eu de sa part inobservation de la disposition de l'art. 357 C. O. La circonstance que l'entrepreneur assistait à l'essai et a pu directement se rendre compte des défauts de l'ouvrage dispense le maître de l'obligation d'une notification ultérieure. (Entsch. vom 24. Dezember 1896 i. S. Leresche-Bourgeois & Barbey c. Glardon-Jacquet.)

---

42. *Art. 882 ff., Art. 891 O. R.*

Eine unter der Herrschaft des kantonalen Rechts zunächst auf bestimmte Zeit abgeschlossene, hernach aber auf unbestimmte Zeit stillschweigend fortgesetzte, auch nach In-

krafttreten des O. R. fortdauernde, Kollektivgesellschaft untersteht, soweit es das Verhältnis der Gesellschafter untereinander anbelangt, auch für die Zeit seit Inkrafttreten des O. R., ausschliesslich den Bestimmungen des kantonalen Rechts, da in diesem Falle eine stillschweigende Erneuerung des Gesellschaftsvertrages unter der Herrschaft des O. R. nicht stattgefunden hat. (Entsch. vom 13. November 1896 i. S. Erben Wendt c. Heidorn.)

---

43. *Art. 56 des Bundesgesetzes betr. die Organisation der Bundesrechtspflege. Art. 88 ff., Art. 106, 109, 116, 122 ff., 131 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs. Die Wirkungen der Pfändung beurteilen sich nach eidgenössischem Rechte. Durch die Pfändung für sich allein erlangt der Gläubiger, welcher eine bestrittene Forderung seines Schuldners hat pfänden lassen, kein Recht gegen den Drittschuldner auf Anerkennung derselben zu klagen.*

Der Kläger, J. B.-Sch. in Zürich, hat eine (noch nicht fällige) Forderung seines Schuldners O. T. an K. B. in Arbon pfänden lassen. K. B. erklärte, er habe Gegenforderungen an O. T.; er anerkenne nur den Betrag, der nach Abzug seines Guthabens von demjenigen des O. T. allfällig übrig bleibe. Das Betreibungsamt fasste dies dahin auf, der Drittschuldner K. B. beanspruche das Eigentum an der gepfändeten Forderung, und setzte dem Gläubiger, falls er diesen Anspruch bestreiten wollte, Frist zur Klage an. J. B. erhob nun wirklich Klage gegen K. B. mit dem Antrage, dessen Einsprache gegen Betreibung und Pfändung sei aufzuheben und dessen Kompensationsforderung als unbegründet abzuweisen, indem er immerhin bemerkte, er verlange zur Zeit nur Anerkennung, nicht Bezahlung seiner Forderung durch den Beklagten.

Beide kantonalen Instanzen haben die Klage abgewiesen, das thurgauische Obergericht im wesentlichen mit folgender Begründung: Das Begehren des Klägers qualifiziere sich als Feststellungsklage. Zu Anhebung dieser Klage wäre der Gläubiger der Forderung, T., schon vor dem Eintritt der Fälligkeit der Forderung berechtigt. Im vorliegenden Falle werde nun aber die Feststellungsklage nicht vom Gläubiger der Forderung, sondern von einem Dritten angehoben. Nach der Ansicht des Gerichts sei jedoch nur der Gläubiger einer Forderung zu einer auf diese letztere bezüglichen Anerkennungsklage legitimiert; denn nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen erzeuge ein persönliches Schuldverhältnis nur für die an diesem Verhältnis direkt beteiligten Personen, den Gläubiger und den Schuldner, Rechtswirkungen, speziell Klagerechte. Die

Einräumung des Rechts zur Feststellungsklage an jeden interessierten Dritten erscheine als unzulässig und müsse daher dem Kläger, weil er nicht Gläubiger der zu seinen Gunsten gepfändeten Forderung sei, das Recht abgesprochen werden, auf Feststellung oder Anerkennung derselben zu klagen. Dies dürfe um so unbedenklicher geschehen, als es ja in der Hand des Klägers liege, von Gesetzeswegen in alle Rechte des gegenwärtigen Gläubigers einzutreten, indem er nur gemäs Art. 122 des Sch. u. K.-Ges. den Verkauf der gepfändeten Forderung zu veranlassen, oder gemäs Art. 131 desselben Gesetzes sich die Rechte des gegenwärtigen Gläubigers anweisen zu lassen brauche.

Das Bundesgericht hat sich zu Beurteilung der klägerischen Berufung für kompetent erklärt, indem es bemerkte: Zu entscheiden ist, ob der Gläubiger, für welchen eine Forderung seines Schuldners gepfändet worden ist, aus dieser Pfändung das Recht erlange, gegen den Drittschuldner gerichtlich vorzugehen, um ihn zur Anerkennung der gepfändeten Forderung anzuhalten. Diese Frage beantwortet sich nach eidgenössischem Recht; denn es handelt sich dabei um die Wirkungen der im Betreibungswege erlangten Pfändung, und diese sind bundesrechtlich, durch das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, normiert. Eine nach eidgenössischen Gesetzen zu entscheidende Civilrechtsstreitigkeit liegt somit in der That vor. In der Hauptsache hat das Bundesgericht die kantonale Entscheidung bestätigt, indem es ausführte:

Ein Anspruch des pfändenden Gläubigers auf Anerkennung der gepfändeten Forderung gegenüber dem Drittschuldner kann an und für sich auf zweifachem Grunde beruhen; entweder auf Grund der Gläubigerrechte des betriebenen Schuldners, in welche der pfändende Gläubiger durch die Pfändung allfällig succediert, oder auf Grund eigenen Rechtes als pfändender Gläubiger, sofern nämlich das Betreibungsgesetz dem mit der Pfändung erwachsenen Interesse des betreibenden Gläubigers, die Klarlegung der rücksichtlich des Pfändungsobjektes bestehenden Rechtsverhältnisse zu erwirken, Rechnung trägt, und ihm deshalb einen hierauf gerichteten Anspruch verleiht. Frägt es sich nun zunächst, ob nach dem Bundesgesetze über Schuldbetreibung und Konkurs der gedachte Anspruch des pfändenden Gläubigers gegen den Drittschuldner sich aus dem Rechte herleiten lasse, welches ersterer durch die Pfändung an der gepfändeten Forderung erlangt, so muss dies verneint werden. Die rechtlichen Beziehungen, welche die Pfändung zwischen pfändendem Gläubiger und Drittschuldner

begründet, äussern sich lediglich in negativen Wirkungen, nämlich in der Beschränkung, welche im Interesse des pfändenden Gläubigers dem Drittschuldner hinsichtlich der Möglichkeit, die Schuld zu tilgen, auferlegt wird. Irgendwelche positiven Ansprüche des betriebenen Schuldners gegenüber dem Drittschuldner gehen auf den pfändenden Gläubiger durch die Pfändung nicht über. Zu solchen kann letzterer mittelst der Betreibung allerdings gelangen, nicht nur, indem er die gepfändete Forderung auf der öffentlichen Steigerung ankauft, und dadurch Cessionar wird, sondern auch auf dem in Art. 131 des Schuldbetreibungsgesetzes angezeigten Wege, indem er unter Zustimmung der allfällig weitern pfändenden Gläubiger sich die Forderung (sofern sie keinen Markt- oder Börsenpreis hat) cedieren lassen, oder deren Eintreibung mit der Wirkung übernehmen kann, dass das Ergebnis vorab zur Deckung seiner Forderung und Auslagen dient. Allein zu diesen Rechten gelangt der Gläubiger erst in einem spätern Stadium der Betreibung, nämlich in demjenigen der Verwertung; sie stellen sich keineswegs als unmittelbare Wirkungen der Pfändung dar. Aus dem Rechte des betriebenen Schuldners kann somit der pfändende Gläubiger für sich einen Anspruch auf Anerkennung der gepfändeten Forderung gegenüber dem Drittschuldner nicht herleiten. Er besitzt aber auch einen dahin zielenden Anspruch kraft eigenen Rechtes nicht. Das Interesse des pfändenden Gläubigers an der Klarlegung der bezüglich des Pfandobjektes bestehenden Rechtsverhältnisse bleibt zwar nach dem Bundesgesetze über Schuldbetreibung und Konkurs insofern nicht unberücksichtigt, als nach Art. 106 leg. cit., wenn eine im Gewahrsam des Schuldners befindliche Sache von demselben als Eigentum oder Pfand eines Dritten bezeichnet, oder von einem Dritten als Eigentum oder Pfand beansprucht wird, dem pfändenden Gläubiger Gelegenheit geboten ist, den Dritten zur gerichtlichen Geltendmachung seines Anspruches zu provozieren, und ferner nach Art. 109 ib., wenn die gepfändete Sache sich nicht im Gewahrsam des Schuldners, sondern bei einem Dritten befindet, welcher das Eigentum oder ein Pfandrecht an derselben beansprucht, das Betreibungsamt dem Gläubiger eine Frist zur Klagerhebung gegen den Dritten einräumt. Eine solche Fristansetzung hat nun auch im vorliegenden Falle stattgefunden, indem das Betreibungsamt die Erklärung, die der Drittschuldner darüber abgab, wie es sich mit der gepfändeten Forderung verhalte, als Eigentumsansprache behandelte; diese Auffassung des Betreibungsamtes war jedoch eine rechtsirrtümliche. Die Er-

klärung des Drittschuldners, dass er die gepfändete Forderung nicht anerkenne, steht nicht auf gleicher Linie wie diejenige des dritten Eigentümers oder Pfandgläubigers, dass er die gepfändete Sache als Eigentum oder Pfand beanspruche. Letzterer muss allerdings reden und seinen Anspruch behaupten, sofern er denselben nicht verlieren will. Allein in dieser Lage befindet sich der Drittschuldner nicht. Er hat bei Anlass der Pfändung keine eigenen Rechte zu wahren, da er durch dieselbe nicht in den Fall kommen kann, solche zu verlieren. Er braucht, wenn ihm die Pfändung angezeigt wird, nicht zu reden, vielmehr bleiben ihm alle Einwendungen, die ihm zur Zeit der Pfändung zu Gebote stehen, auf den Zeitpunkt gewahrt, da von ihm Zahlung verlangt wird. Von einem Anwendungsfalle des Art. 106 ff. des Bundesgesetzes betr. Schuldbetreibung und Konkurs kann also hier nicht die Rede sein. Damit fehlt es aber dem pfändenden Gläubiger auch an der Möglichkeit, den Drittschuldner im Stadium der Pfändung zu einer Erklärung darüber anzuhalten, ob er die gepfändete Forderung anerkenne oder nicht, denn eine Pflicht, etwa mit Rücksicht auf das Interesse des erstern zu reden, denselben darüber aufzuklären, wie er sich zu der gepfändeten Forderungstelle, legt das Betreibungsgesetz dem Drittschuldner nicht auf. Ferner ist zu beachten, dass die Frist, innerhalb welcher das Verwertungsbegehren bei Vermeidung des Erlöschens der Betreibung gestellt werden muss (Art. 116 Sch. u. K.-G.), nur im Falle einer auf Grund von Art. 106 ibid. angehobenen Klage gehemmt wird. Handelt es sich also, nach dem Vorstehenden, in casu nicht um eine Klage aus Art. 106 cit., so lief die Frist des Art. 116 einfach weiter, und es ist daher die Betreibung bereits während des Prozesses erloschen, da die Pfändung schon am 25. Mai 1895 stattgefunden hatte. Läge es in der Absicht des Gesetzes, dem pfändenden Gläubiger, der seine Legitimation zur Anhebung einer Anerkennungsklage gegen den Drittschuldner auf Art. 106 nicht stützen kann, eine solche Klage gleichwohl zu geben, so ist klar, dass der durch Art. 116 geschaffenen Gefahr des Erlöschens der Betreibung, und damit des Dahinfallens jedes Interesses an der verlangten Feststellung vor Beendigung des Prozesses, durch eine Bestimmung analog derjenigen des Art. 107 al. 2 vorgebeugt worden wäre. (Entsch. vom 14. November 1896 i. S. J. Bär-Schweizer c. Bleidorn.)

---

44. *Bundesgesetz über das Postregal vom 5. April 1894. Art. 18, 20, 23. Eisenbahnhaftpflichtgesetz Art. 2. Haftpflicht der Post bei Körperverletzungen und Tötungen. Begriff des Betriebsunfalls. Einrede der höheren Gewalt.*

Der Handelsreisende T. U. war am 11. Februar 1895 abends mit der Post von S. nach T. gefahren. Als er gerade im Begriffe war, aus dem Postschlitten, welcher auf der Strasse gegenüber dem Postbureau hielt, und welchen die mitreisende Frau E. bereits verlassen hatte, auszusteigen, rannte von hinten her ein Einspännerschlitten, dessen Pferd durchgegangen war, an den Postschlitten an, die rechte Lande des Einspänners drang in den Postschlitten und verletzte den T. U. erheblich am Kopfe. T. U. belangte die eidgenössische Postverwaltung auf Entschädigung, und seine Klage wurde vom Bundesgericht grundsätzlich gutgeheissen, indem dasselbe die von der Postverwaltung erhobenen Einwendungen, der Unfall habe sich nicht beim Postbetriebe ereignet, derselbe sei durch Verschulden Dritter, bei der Post nicht angestellter, Personen (nämlich der Führer des Einspännerschlittens, Gebr. M.) oder aber durch höhere Gewalt herbeigeführt worden, verwarf.

In dem bundesgerichtlichen Urteile wird über die Haftpflicht der Post, den Begriff des Postbetriebes und die Einrede der höhern Gewalt folgendes ausgeführt:

Das Bundesgesetz über das Postregal vom 5. April 1894 dehnt bekanntlich die Grundsätze über Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschifffahrtunternehmungen für Tötung und Verletzung von Menschen beim Betrieb der Transportanstalt auf die Post aus. Wie für die Eisenbahn- und Dampfschifffahrtunternehmungen gilt somit auch für die Post der Rechtssatz, dass die Transportanstalt unter der genannten Voraussetzung haftet, sofern sie nicht beweist, dass der Unfall durch höhere Gewalt, oder durch Versehen und Vergehen der Reisenden oder dritter bei der Transportanstalt nicht angestellter Personen, ohne eigenes Mitverschulden der Anstalt, oder durch die Schuld des Getöteten oder Verwundeten selbst verursacht worden ist (Art. 2 E. H. G.). Kläger scheint zwar anzunehmen, dass das Postregalgesetz noch eine strengere Haftpflicht für Betriebsunfälle statuiere als das Eisenbahnhaftpflichtgesetz, indem ersteres Gesetz der Postanstalt die in Art. 2 des E. H. G. genannten Befreiungsgründe nicht gewähre, sondern sie auf die in Art. 20 und 23 des Postregalgesetzes aufgeführten beschränke, wonach eine Entschädigung nicht gefordert werden kann, wenn der Getötete oder Verletzte sich in unberechtigter Weise mit der Postanstalt in Berührung ge-

bracht hat, oder wenn derselbe ein Beamter oder Bediensteter der Postverwaltung oder ein Postillon ist, welchem in Betreff des vorgekommenen Ereignisses eine Verschuldung zur Last fällt. Allein hievon kann keine Rede sein. Zeigt schon die Entstehungsgeschichte des Postregalgesetzes vom 5. April 1894, dass die Postanstalt keinenfalls strengeren Grundsätzen über die Haftpflicht für Betriebsunfälle unterstellt werden sollte, als die Eisenbahn- und Dampfschifffahrtunternehmungen, so kann hierüber angesichts der Fassung von Art. 18 leg. cit. vollends kein Zweifel bestehen. Dieser Artikel bestimmt ausdrücklich, dass die Postanstalt für Betriebsunfälle in gleicher Weise ersatzpflichtig sei, wie die Eisenbahn- und Dampfschifffahrtunternehmungen, was selbstverständlich nicht der Fall wäre, wenn, wie Kläger meint, bloss der Umfang der Ersatzpflicht, nicht aber auch die Voraussetzungen, unter denen sie besteht, gleichgestellt wären. Der Postanstalt steht also in der That zur Befreiung von ihrer Haftpflicht der von ihr angetragene Beweis dafür offen, dass der Unfall durch Verschulden Dritter oder durch höhere Gewalt verursacht worden sei.

In erster Linie muss jedoch geprüft werden, ob sich der Unfall des Klägers „beim Betrieb“ der Postanstalt ereignet habe. Da die Haftpflicht der Postanstalt für Betriebsunfälle sich nach den gleichen gesetzlichen Bestimmungen regelt, welche rücksichtlich der Haftpflicht der Eisenbahnen bestehen, so müssen bei dieser Frage auch die Grundsätze, welche für den Begriff des Betriebes in Eisenbahnhaftpflichtsachen gelten, analog zur Anwendung gebracht werden. Nun hat das Bundesgericht sich stets dahin ausgesprochen, dass ein Betriebsunfall im Sinne des Bundesgesetzes vom 1. Juli 1875 dann vorliege, wenn der Unfall im Kausalzusammenhang mit dem Betriebe der Eisenbahn im technischen Sinne des Wortes, d. h. der Beförderung auf den Schienengeleisen, deren (unmittelbarer) Vorbereitung und deren Abschluss, steht. Dementsprechend muss sich auch die in Art. 18 des Postregalgesetzes statuierte Haftpflicht der Postanstalt auf diejenigen Unfälle beziehen, welche durch den in der Beförderung der Postwagen, sowie deren unmittelbaren Vorbereitung und deren Abschluss bestehenden Postbetrieb sich ereignen. Ein solcher Unfall lag nun aber hier vor. Die Verletzung des Klägers fand in Verbindung mit seiner Postbeförderung statt, in einem Momente, als derselbe noch in der Postkutsche sass und sich gerade anschickte, auszusteigen. Allerdings war das Postfuhrwerk bereits an dem Bestimmungsort angelangt, allein das Aussteigen

der Reisenden war noch nicht beendigt, indem eben erst Frau E. ausgestiegen war, nach welcher dann der Kläger das Fuhrwerk verlassen wollte. Die Postbeförderung war damit, wenigstens was den Kläger betrifft, noch nicht abgeschlossen. Die Verletzung, die er in dem genannten Moment erlitt, stand im Kausalzusammenhang mit einem Akte des Postbetriebes, dem Anhalten des Postfuhrwerkes und Aussteigenlassen der Personen. Darnach ist die Postanstalt dem Kläger für den durch diese Verletzung entstandenen Schaden ersatzpflichtig, sofern ihr nicht einer der in Art. 2 E. H. G. genannten Befreiungsgründe zur Seite steht.

Die Einrede der höhern Gewalt ist nicht stichhaltig. Der Begriff der höhern Gewalt ist weder im Eisenbahnhaftpflichtgesetz, noch in andern Bundesgesetzen, welche ihn verwerten, definiert, und auch in der Doktrin und Praxis nicht in allgemein anerkannter Weise bestimmt. Immerhin steht soviel fest, dass derselbe nicht identisch ist mit dem Begriff des Zufalls, so dass derjenige, welcher bis zur höhern Gewalt haftet, sich durch den blossen Nachweis, dass ihn oder seine Leute kein Verschulden treffe, befreien könnte; vielmehr erstreckt sich die bis zur höhern Gewalt gesteigerte Haftpflicht in gewissem Umfange auf den Zufall. Wie weit diese Haftung für den Zufall reiche, ist allerdings in Doktrin und Praxis bestritten. Während die eine Ansicht als vis major nur ein von aussen eintretendes Ereignis von aussergewöhnlicher Schwere gelten lässt, welches vermöge der Art und Weise seines Auftretens die im ordentlichen Laufe des Lebens zu gewärtigenden Zufälle augenscheinlich übersteigt, wird andrerseits unter diesem Begriffe jeder, oder doch jeder von aussen kommende schädigende Zufall verstanden, welcher auch durch die äusserste unter den gegebenen Verhältnissen denkbare Sorgfalt und Anstrengung, durch alle den Umständen angemessenen, vernünftigerweise ausführbaren und zu erwartenden Vorsichtsmassregeln nicht abgewendet werden konnte. Mag man nun den Begriff der vis major im erstgenannten strengeren, oder in dem letzteren, weitergehenden, und daher für die Beklagte günstigeren Sinne auffassen, so erscheint im vorliegenden Falle die darauf begründete Einrede als unstichhaltig. Der Unfall wäre vermieden worden, wenn der Postschlitten, statt auf der Strasse, abseits derselben angehalten hätte, so dass derselbe von vorbeifahrenden Fuhrwerken nicht hätte getroffen werden können. Darauf, dass hiefür ein geeigneter Platz nicht zur Verfügung gestanden habe, kann sich die Postanstalt zur Begründung der Einrede der höhern Gewalt nicht berufen; denn es kann

jedenfalls nicht gesagt werden, dass die Herrichtung eines solchen nicht zur Anwendung der äussersten, unter den gegebenen Verhältnissen denkbaren und vernünftigerweise überhaupt ausführbaren Vorsichtsmassregeln gehörte. (Entsch. in S. Traugott Ulrich c. Eidgenössisches Postdepartement vom 21. November 1896.)

---

## Entscheide kantonaler Gerichte.

---

45. *Schadenersatz. Haftbarkeit des Halters von Tieren. Art. 65 O. R.*

**Bern.** Urteil des App.- und Kass.-Hofes vom 6. September 1895 i. S. Schlup c. Wwe Sauser.

Nachdem wir im ersten Hefte unter Nr. 14 zwei abweichende Urteile bezüglich der Auffassung des Art. 65 mitgeteilt, fügen wir hier ein weiteres bei, das der für den Halter des Tieres strengeren Auffassung, u. E. mit Unrecht, huldigt (vgl. jetzt auch das Bundesgerichtsurteil oben Nr. 35).

Ein zweispänniger Brückenwagen der Wwe Sauser wurde von dem darauf stehenden Fuhrmann in ziemlich starkem Trabe durch das an jener Stelle nur 2,70 m. breite Gerbergässchen zu Biel gefahren, und Schlup, der aus seinem Stalle rasch herauseilte, um sein auf dem Gässchen spielendes $2^1/_2$-jähriges Kind in Sicherheit zu bringen, geriet unter die Räder und wurde schwer verletzt. Seine Schadenersatzklage gegen die Eigentümerin des Wagens und der Pferde wurde zwar von beiden Instanzen abgewiesen, aber wegen eigenen Verschuldens gemäss Art. 51 Abs. 2 O. R., da in dem unbeaufsichtigten Spielenlassen eines so kleinen Kindes auf enger Strasse und der damit zusammenhängenden unüberlegten Handlungsweise des Klägers eine grosse Nachlässigkeit liege. Ueber die uns hier interessierende grundsätzliche Frage, ob der Halter des Tieres blos eigenes Verschulden (namentlich culpa in eligendo) prästiere oder auch das des sonst als zuverlässig geltenden Fuhrmanns, sprach sich die zweite Instanz im Sinne des unter Nr. 14 mitgeteilten Urteils von Glarus aus, und zwar so:

Beklagte beruft sich darauf, und es ist dies auch bewiesen, dass Pferde und Wagen stets in bester Ordnung gehalten worden und dass auch ihr Knecht mit der Führung der Pferde vollkommen vertraut gewesen sei, wie ihm denn

auch seit seinem Dienstantritt, der damals schon um ein ganzes Jahr zurücklag, nie ein Missgeschick passiert sei; allein damit ist noch keineswegs dargethan, dass die Beklagte im Sinne des Gesetzes alle erforderliche Sorgfalt zur Vermeidung eines derartigen Unfalles angewendet habe, denn dazu gehört die Beobachtung nicht nur der üblichen, sondern derjenigen Sorgfalt, welche unter den obwaltenden Umständen zur Verhütung eines Schadens objektiv geboten war (vgl. b.-g. Entsch. v. 3. Okt. 1891 i. S. Mühlemann c. Christen, A. S. XVII S. 638 f.). Geht man vorliegend von diesem strengen Masstabe aus, so kann die Beklagte nicht als entschuldigt gelten. Durch die Zeugenaussagen ist erhärtet, dass der Wagen in starkem Trabe daherfuhr, und darin lag unter den obwaltenden Umständen zweifellos ein Mangel an Vorsicht.

(Zeitschr. des Bern. Jur.-Ver. XXXII S. 327 ff.)

---

**46.** ***Prescription décennale d'une dette garantie par une hypothèque consentie par un tiers. Art. 146, 154 s. C. O.***

**Genève.** Jugement de la Cour de justice civile du 18 avril 1896 d. l. c. Graillat c. Compagnon.

Par acte X., notaire, du 15 septembre 1883, la dame veuve Compagnon et l'intimé Jean Joseph Compagnon ont reconnu devoir conjoinctement et solidairement entre eux à Graillat la somme de fr. 1600. Afin de sûreté et garantie du remboursement du capital et du paiement des intérêts, la dame veuve Compagnon a déclaré affecter et hypothéquer au profit de Graillat la part indivise, soit le septième, lui appartenant dans des immeubles situés en la commune du Plan-les-Ouates. Le 16 mars 1896, Graillat a fait commandement à Compagnon de lui payer la somme de fr. 1600 capital, fr. 1248 pour 12 ans d'intérêts au 6 % l'an, et les intérêts à courir dès le 15 septembre 1895. Compagnon a fait opposition à ce commandement, en soutenant que la dette était prescrite. Graillat a soutenu, au contraire, que la créance étant garantie par une hypothèque, elle n'était pas soumise à la prescription de dix ans du C. O., mais à la prescription trentenaire. Les deux instances ont reconnu que l'action de Graillat contre Compagnon est soumise à la prescription décennale de l'art. 146 C. O.

Motifs: Il est constant en fait que, depuis que la créance est devenue exigible, les délais de prescription prévus au Code des obligations art. 146 al. 1 étaient écoulés lorsque le commandement auquel est opposition a été signifié.

Graillat ne fait valoir aucun autre acte interruptif de prescription que le renouvellement de l'inscription hypothécaire opéré au bureau des hypothèques le 13 avril 1893.

Le renouvellement de l'inscription hypothécaire ne saurait constituer un acte interruptif de prescription, au sens de l'art. 154 C. O. C'est en effet un acte unilatéral, fait par le créancier sans le concours du débiteur, et sans que celui-ci en ait même connaissance, car il ne lui est pas notifié, il a simplement pour but de conserver l'hypothèque à son rang.

Dans la pratique genevoise, le créancier hypothécaire, alors même qu'il a renouvelé régulièrement ses inscriptions hypothécaires, ne s'est jamais vu dispensé de se faire délivrer un titre nouveau à l'approche du délai de prescription; l'art. 2263 Code civil ne fait aucune exception en faveur des rentes garanties par des hypothèques.

Graillat n'a donc pas interrompu la prescription contre la veuve Compagnon codébiteur solidaire de Joseph Compagnon.

Quant à la prétendue violation (par les premiers juges) de l'art. 146 al. 2, elle ne concerne que les créances garanties par un gage; il n'y a donc pas lieu d'examiner quelle est la portée de cette disposition, mais bien celle de l'alinéa 3 qui est applicable à l'espèce.

„La prescription des actions hypothécaires et autres qui sont régies par le droit cantonal n'est pas soumise aux dispositions de la présente loi.“

Le créancier dont la créance est garantie par une hypothèque a contre son débiteur deux actions: une action hypothécaire, qui est une action réelle et tend à la réalisation de l'immeuble pour que le prix en soit affecté au paiement de sa créance, et une action personnelle, au moyen de laquelle il peut obtenir le paiement, en faisant saisir les autres biens de son débiteur en venant en concours avec tous autres créanciers s'il y a lieu.

La première de ces actions n'est pas soumise à la prescription édictée par le Code des obligations; la seconde, au contraire, lui est soumise.

Graillat pourrait encore faire saisir et vendre la part d'immeuble qui lui a été affectée hypothécairement par la veuve Compagnon pour se payer sur le prix de cette part, mais l'action personnelle qu'il avait, soit contre la veuve Compagnon, soit contre Joseph Compagnon, est prescrite.

(La Semaine judiciaire, XVIII p. 383 ss.)

---

47. *Retentionsrecht. Das kaufmännische Retentionsrecht steht auch Nichtkaufleuten für Forderungen aus einem kaufmännischen Verkehre zu. Art. 224 O. R.*

**Zürich.** Urteil der Appellationskammer des Obergerichts vom 10. März 1896 i. S. Weber c. Masse Asper & Rüegg.

Weber arbeitete als Fergger für die seither in Konkurs geratene Firma Asper & Rüegg und meldete im Konkurse Forderungen für Weblöhne an. Er machte hiefür ein Retentionsrecht an den noch nicht abgelieferten Waren geltend. Die Konkursbehörde erkannte dieses Retentionsrecht nur für die Forderungen an, die sich auf die noch nicht abgelieferten Waren bezogen, nicht für die Forderungen aus früher schon abgelieferter Arbeit. Der Retentionsanspruch wurde aber in ganzem Umfange gutgeheissen.

Motive: Kläger (Weber) beruft sich auf Art. 224 Abs. 2 O. R. Hiezu wäre erforderlich, dass die betreffende Forderung und die Innehabung der retinierten Objekte aus einem geschäftlichen Verkehre „unter Kaufleuten" herrühren. Als Kaufmann im Sinne des O. R. kann aber, da das Gesetz eine Definition dieses Begriffes nicht giebt, nur ein solcher Geschäftsinhaber angesehen werden, bei dem die Voraussetzungen der Verpflichtung zur Eintragung in das Handelsregister gemäss Art. 865 Abs. 4 O. R. vorhanden sind. Der Rekurrent ist aber nicht im Handelsregister eingetragen und hat auch nicht nachgewiesen, dass jene Voraussetzungen bei ihm gleichwohl zutreffen. Wenn auch das Gewerbe eines Seidenferggers, vorausgesetzt dass es selbständig betrieben wird, an sich als ein Fabrikationsgewerbe im Sinne des Art. 865 Abs. 4 O. R. erscheint, so bedarf es doch, um die Eintragungspflicht zu begründen und dessen Inhaber als Kaufmann gelten zu lassen, noch der weitern Voraussetzung, dass das Gewerbe „nach kaufmännischer Art" geführt werde. In dieser Richtung bieten die vorliegenden Akten keine genügenden Anhaltspunkte.

Es kann sich daher nur fragen, ob dem Kläger ein Retentionsrecht auf Grund des Art. 224 Abs. 1 O. R. zustehe, d. h. ob der von dieser Gesetzesvorschrift verlangte Zusammenhang der Forderung mit dem Gegenstand der Retention hier als vorhanden anzunehmen sei. Diese Frage ist im Gegensatz zur Vorinstanz zu bejahen. Wenn das Gesetz in Art. 224 Abs. 2 vorschreibt, dass ein die Konnexität zwischen Forderung und Retentionsobjekt begründender Zusammenhang innerhalb des eigentlichen kaufmännischen Verkehrs ohne weiteres anzunehmen sei, so schliesst es damit nicht aus, dass ein solcher auch im geschäftlichen Verkehr unter Nichtkauf-

leuten angenommen werden dürfe da, wo derselbe seinem innern Wesen nach dem kaufmännischen gleichsteht, nur stellt es hiefür keine positive Regel auf. Ein derartiger dem kaufmännischen gleichstehender Geschäftsverkehr liegt aber dann vor, wenn zwei Gewerbetreibende oder auch ein Kaufmann und ein Nichtkaufmann in eine auf die Dauer berechnete Geschäftsverbindung zu einander treten, derzufolge der Abschluss einer gewissen, ob zwar noch unbestimmten Anzahl gleichartiger Geschäfte (Lieferungs- oder Werkverträge) zwischen ihnen in Aussicht genommen wird.

Dies war hier der Fall. Die Firma A. & R. übertrug dem Kläger die Verarbeitung ihrer Fabrikate (Zettel von einer gewissen Breite) zu bestimmten Konditionen auf unbestimmte Zeit. Wenn auch jede Uebergabe solcher Zettel für sich als ein besonderes Rechtsgeschäft (Werkvertrag) erscheint, so besteht unter denselben doch ein natürlicher Zusammenhang, sie gehören einem einheitlichen Komplexe von Geschäftsbeziehungen an, was nach den Grundsätzen von Treu und Glauben genügt, um die Voraussetzung für die Geltendmachung des Retentionsrechtes zu begründen. Dafür, dass das Gesetz den Begriff der Konnexität auf den Fall habe beschränken wollen, wo Forderung und Retentionsobjekt aus dem gleichen Rechtsgeschäfte herrühren (wie der Entscheid des waadtländischen Kantonsgerichts in Revue des Bundescivilrechts VIII Nr. 106 annimmt), findet sich im Gesetz selber keine Andeutung; im Gegenteil spricht sein allgemeiner Wortlaut (der bloss „einen Zusammenhang," nicht etwa speziell einen rechtlichen Zusammenhang verlangt) und die Tendenz, das gewöhnliche Retentionsrecht nach Inhalt und Wirkung dem kaufmännischen möglichst gleichzustellen, gegen eine einschränkende Wirkung der betreffenden Gesetzesbestimmung.

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch. XV S. 109 f.)

---

48. *Bail à loyer. Commandement de payer et commination d'évacuation. Opposition et reconnaissance partielle de devoir. L'opposition ne s'applique pas à l'avis comminatoire. Art. 287 C. O. Art. 78, 282 ss. L. P. et F.*

**Genève.** Jugement de la Cour de justice civile du 28 mars 1896 d. l. c. Dames Streit c. Paraud.

Le 17 février 1896, les dames Streit, propriétaires d'un immeuble sis à Genève, ont fait notifier à leur locataire Paraud un commandement de payer la somme de 33 frs. 40 cts. pour

solde de loyer au 1er mars et en outre le loyer à courir dès cette date au jour de l'évacuation, à raison de 200 frs. par an. En même temps, elles lui notifiaient qu'à défaut par lui de payer la somme réclamée dans le délai de dix jours, elles entendaient résilier le bail et se réserver le droit de demander son expulsion immédiate. Paraud a déclaré faire opposition au commandement, tout en reconnaissant devoir 16 frs. 70 cts. Le 5 mars, les dames St., se basant sur ce que P. n'avait pas payé, dans le délai fixé, la somme reconnue par lui, ont requis le tribunal de première instance de prononcer l'évacuation immédiate de leur locataire. Celui-ci a soutenu que le commandement ayant été frappé d'opposition, les dames St. devaient agir par la voie de la procédure ordinaire, la reconnaissance partielle de la dette ne permettant de requérir que la saisie, mais non l'évacuation, qui ne peut être prononcée que s'il n'y a aucune opposition au commandement. En effet, le tribunal a débouté les demanderesses de leurs conclusions; il a admis que l'opposition faite par P. au commandement avait pour objet, non seulement une partie de la somme réclamée, mais encore le droit des bailleresses de résilier le bail et de réclamer l'expulsion, et que celles-ci devaient, avant de continuer la poursuite par voie d'évacuation, faire prononcer la mainlevée de l'opposition, et faire constater, par la voie de la procédure ordinaire, leur droit de demander l'évacuation.

Les dames St. ont appelé de ce jugement pour cause de violation de la loi (art. 287 C. O. et art. 78 et 282 ss. L. P. et F.) et la Cour a réformé le jugement et ordonné à P. d'évacuer immédiatement de sa personne et de ses biens les locaux.

Motifs: Considérant qu'aux termes de l'art. 287 C. O., lorsque le preneur est en retard pour le paiement d'un terme échu, le bailleur peut lui assigner un délai de 30 jours lorsque le bail est d'un trimestre, et de 6 jours lorsque le bail est de moindre durée, en lui notifiant qu'à défaut de paiement dans le délai fixé, le bail sera résilié;

Considérant, dès lors, qu'il suffit, pour que le droit de résiliation du bailleur, et, partant, celui de réclamer l'expulsion du locataire prenne naissance, que le retard de paiement soit constaté;

Considérant qu'il résulte du commandement que, tout en faisant opposition pour le surplus de la somme réclamée, P. a reconnu devoir 16 frs. 70 cts., soit un mois de loyer fini le 1er mars courant; qu'il est par conséquent établi qu'il était en retard de payement d'un terme de loyer, celui-ci étant

payable par mois et d'avance, et que la poursuite pouvait être continuée pour la somme reconnue (art. 78 L. P.);

Considérant, d'autre part, que l'avis comminatoire ne fait pas partie intégrante du commandement et qu'il ne figure sur le même formulaire que celui-ci que si le créancier le veut bien, afin d'éviter une nouvelle signification et un supplément de frais; que cet avis n'est pas une sommation d'avoir à évacuer, mais un rappel du droit appartenant au créancier, en cas de non payement, de réclamer l'évacuation;

Que c'est donc à tort que les premiers juges ont admis que l'opposition faite par P. au commandement s'applique à l'avis comminatoire; qu'étant nantis d'une demande d'évacuation formée en vertu de l'art. 287 C. O., il leur appartenait uniquement d'examiner si P. était ou non en retard de paiement et si le délai fixé dans l'avis comminatoire était régulier et conforme au bail;

Considérant, en conséquence, qu'en refusant de prononcer l'évacuation, alors que le retard de paiement est établi et que le délai fixé est régulier, le jugement déféré à la Cour a violé l'art. 287 C. O. et les art. 78 et 282 L. P. et F.

(La Semaine judiciaire, XVIII [1896] p. 366 ss.)

---

**49.** *Schadenersatzklage der kantonalen Brandversicherungsanstalt gegen den Verursacher des Brandes. Verhältnis des kantonalen Gesetzes zum Obligationenrecht. Art. 896 O. R.*

**Zürich.** Urteil der Appellationskammer des Obergerichts v. 15. Febr. 1896 i. S. kant. Brandversicherungsanstalt c. Gubler.

Für einen Brandschaden im Betrage von Fr. 12,141, der durch grobe Fahrlässigkeit des Zimmermeisters G. entstanden war, belangte die Brandversicherungsanstalt diesen auf Ersatz, gestützt auf § 11 und 12 des kant. Gesetzes betr. die Brandversicherungsanstalt v. 25. Okt. 1885. Der Beklagte bestritt den Kausalzusammenhang zwischen seiner Handlungsweise und dem Brande. Dieser Zusammenhang war aber vorhanden, dagegen legte sich das Gericht die Frage vor, ob kantonales oder eidgenössisches Recht massgebend sei. Die zweite Instanz sprach sich hierüber folgendermassen aus:

Obschon die Parteien darüber einig sind, dass § 11 und 12 des angeführten Gesetzes in Anwendung kommen, muss doch die Frage, gestützt auf welches Gesetz die Haftbarkeit des Beklagten für den von ihm verursachten Brandschaden ausgesprochen werden könne, von Amtswegen geprüft werden. In dieser Hinsicht kann der Auffassung der Parteien, die aller-

dings auch von Gerichten anderer Kantone geteilt wird (vgl. Schneider, Kommentar gr. A. zu Art. 50 Nr. 7), dass für derartige Ersatzansprüche auch gegen dritte, bei der Versicherungsanstalt nicht selber versicherte Personen lediglich das kantonale Recht, bezw. das betreffende Spezialgesetz massgebend sei, im Prinzipe nicht beigepflichtet werden. Es handelt sich in solchen Fällen unzweifelhaft um eine Haftbarkeit aus unerlaubter Handlung; hiefür bilden aber die bezüglichen Vorschriften des O. R. (Art. 50 ff.) die ausschliesslich massgebende Norm, soweit nicht von diesem selbst Vorbehalte zu Gunsten des kantonalen Rechts gemacht sind, was nur bezüglich der Ersatzpflicht der öffentlichen Beamten und Angestellten der Fall ist. Der Vorbehalt des Art. 896 O. R., wonach die besonderen Bestimmungen des kantonalen Rechts über die Versicherungs v e r t r ä g e bis zum Erlass eines eidgenössischen Gesetzes in Kraft bleiben, findet auf solche Ersatzansprüche gegen Dritte keine Anwendung, da dieselben nicht — wie die Haftbarkeit des Versicherten selbst — aus dem Versicherungsvertrage hergeleitet werden können. Sonach ist die Haftbarkeit des Beklagten prinzipiell nach dem eidg. O. R. zu beurteilen.

Immerhin darf den Bestimmungen des kantonalen Gesetzes, sofern sie, wie es der Fall ist, die Haftung des Dritten gegenüber den Vorschriften des O. R. mildern, die Bedeutung einer für die kantonale Brandversicherungsanstalt verbindlichen öffentlichen Erklärung und Instruktion zugeschrieben werden, in welchem Umfange sie ihre nach O. R. begründeten Ersatzansprüche gegen Dritte geltend zu machen beabsichtige und befugt sein solle. Die Sache verhält sich hier gleich, wie wenn in dem Gründungsgesetze oder Reglement einer Kantonalbank den Schuldnern derselben gewisse Vergünstigungen gegenüber dem Gesetze, z. B. bezüglich der Höhe der Verzugszinsen, eingeräumt sind. Derartige Bestimmungen können, wenn sie auf Gesetzen beruhen oder sonst öffentlich bekannt gemacht sind, auch von beteiligten Drittpersonen angerufen werden. Im vorliegenden Fall hat übrigens die Klägerin die Verbindlichkeit der kantonalrechtlichen Vorschriften ausdrücklich anerkannt.

(Demgemäss wurde die Schadenersatzpflicht des Beklagten auf Fr. 3000 ($^1/_4$ des Gesamtschadens) festgestellt, da § 11 des kantonalen Brandversicherungsgesetzes hiefür je nach dem Grade der Fahrlässigkeit das richterliche Ermessen walten lässt.) (Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch. XV S. 177 ff.)

**50.** ***Ehescheidungsklage wegen Verurteilung des beklagten Ehegatten zu einer entehrenden Strafe ausgeschlossen durch Teilnahme des Klägers am Verbrechen. B.-Ges. über Civilstand und Ehe, Art. 46.***

**Baselstadt.** Urteil des Civilgerichts vom 9. September 1896 i. S. Eheleute M.

Kläger verlangte Scheidung wegen Verurteilung seiner Frau zu einer entehrenden Strafe. Nach der Hochzeit machte sie aus dem Stehlen ein Gewerbe; sie logierte während zwei Jahren in verschiedenen Hôtels, entwendete den Gästen durch raffinierte Zimmerdiebstähle beträchtliche Summen und vergeudete sie mit ihrem Mann. Dieser wusste um die Provenienz des Gelds; er wurde wegen Hehlerei zu sechs Monaten Gefängnis, sie wegen Diebstahls zu fünf Jahren Zuchthaus und nachherigem zehnjährigem Ehrverlust verurteilt. Das Gericht erkannte an, dass Beklagte zu einer entehrenden Strafe, gemäss deren Definition i. S. Wagner (Bundesgericht II N. 81), verurteilt worden sei, wies aber die Klage ab mit der Begründung:

Dass die Thatbestände des Art. 46 a—d als absolute Scheidungsgründe hingestellt sind, beruht darauf, dass normaler Weise der Ehegatte durch ein solches Verhalten des andern in seinem ehelichen Empfinden schwer verletzt wird. Der Ehegatte aber, der an dem Ehebruch oder an dem Delikt, das zur Verurteilung führt, selbst teilnimmt, zeigt hiemit, dass diese Handlungen ihm die Fortsetzung der Ehe nicht unmöglich machen. Klagt er, so will er unzulässigerweise aus eigenem Mitverschulden ein Recht herleiten. Vorgängige Zustimmung lässt ein Klagerecht nicht entstehen, wie nachträgliche Verzeihung es konsumiert. Aus diesen Erwägungen haben das kanonische wie das gemeine protestantische Recht und die Mehrzahl der neueren Kodifikationen dem Ehegatten, welcher am Ehebruch des andern Teil genommen (z. B. ihn dazu angestiftet oder daraus einen Erwerb gemacht hat), ausdrücklich oder implicite die Klage aus Ehebruch untersagt; trotz seiner kurzen Fassung kann das Civilstandsgesetz keine andere Stellung zu dieser Frage nehmen wollen. Dasselbe gilt hier: Kläger kann sich durch die Bestrafung seiner Frau nicht als verletzt geberden, da er wusste, dass die Geldbeträge, die seine Frau mit ihm verbrauchte, auf verbrecherischem Weg erworben seien. Wenn das citierte bundesgerichtliche Urteil darauf Gewicht zu legen scheint, ob der klägerische Ehegatte wegen Teilnahme am Delikt des andern auch zu einer entehrenden Strafe oder bloss zu einer

Strafe ohne Ehrenfolgen verurteilt worden sei, so kann hierauf nichts ankommen. Entscheidend ist, ob er die entehrende Handlung mit zu der seinen machte. Das war in dem damals beurteilten Thatbestand nicht der Fall; wenn Klägerin verurteilt wurde, weil sie das von ihrem Manne geplante Verbrechen nicht angezeigt hatte, so lag ein Konflikt zwischen ehrenwerten Beweggründen vor. Anders hier, wo Kläger seines ökonomischen Vorteils wegen die Delikte der Beklagten duldete und förderte. Wenn das Bundesgericht dort ausführt, es fehlten innere Gründe, die Klage zu versagen, so erkennt es prinzipiell an, dass nicht allein der knappe Wortlaut, sondern auch der Daseinsgrund und Zweck des Gesetzes entscheidend ist. Im vorliegenden Thatbestand sind solche innere Gründe vorhanden.

---

51. *Haftpflicht aus Fabrikbetrieb. Reduktion bei einer nicht durch den Betrieb der Fabrik entstandenen Krankheit. B.-G. betr. Haftpfl. aus Fabrikbetr. vom 25. Juni 1881, Art. 3, 5 lit. c.*

**Schaffhausen.** Urteil des Obergerichts vom 26. Oktober 1895.

Nach 14-jähriger ununterbrochener Arbeit in einer Fabrik erkrankte der Kläger und musste infolge davon wiederholt längere Zeit die Arbeit einstellen und sich ärztlich behandeln lassen. Er behauptete, seine Krankheit sei dadurch erzeugt worden, dass er bei seiner Arbeit in einem mangelhaft ventilierten Raum Blei- und Salzsäuredämpfe habe einatmen müssen, und erhob Klage auf Schadenersatz im Betrag von Fr. 5000.—, worauf er entlassen wurde. Die beklagte Fabrik bestritt die Haftbarkeit mit der Ausführung, nach Art. 3 des Haftpflichtgesetzes hafte der Arbeitgeber für Berufskrankheiten nur, sofern die Erkrankung erwiesenermassen und ausschliesslich durch den Betrieb der Fabrik erfolgt sei. Durch ärztliche Gutachten sei aber festgestellt, dass die Krankheit des Klägers schon vorher bestanden habe. Eine blosse Verschlimmerung der Krankheit durch die Arbeit gebe dem Erkrankten keinen Anspruch gegen den Arbeitgeber.

Durch ärztliches Gutachten wurde in für den Richter massgebender Weise festgestellt, dass die Krankheit des Klägers, eine Lungentuberkulose, durch dessen Arbeit in der beklagten Fabrik nicht erzeugt worden, derselbe vielmehr unabhängig von dieser Arbeit an dieser Krankheit erkrankt ist. Wohl aber ist das Leiden durch die Arbeit in erheblichem Masse verschlimmert worden und seit der Kläger die schädliche Arbeit eingestellt hat, hat sich die Krankheit wieder gebessert. Das Obergericht wies die Klage ab.

Motive: Trotzdem Art. 3 des Haftpflichtgesetzes den Arbeitgeber für eine Erkrankung seines Arbeiters nur dann haftbar macht, wenn diese Erkrankung ausschliesslich durch den Betrieb der Fabrik erfolgt ist, hat die Mehrheit der ersten Instanz der Beklagten eine Entschädigung auferlegt. Sie nimmt an, es genüge, wenn auch nur eine erhebliche Verschlimmerung einer in die Fabrik mitgebrachten Krankheit durch den Betrieb der Fabrik verursacht worden sei. Diese Interpretation stützt sie auf Art. 5 c des Haftpflichtgesetzes, der eine Reduktion der Haftpflicht für solche Fälle vorsieht, wo die Gesundheit des Erkrankten durch seine frühere Gewerbeausübung bereits geschwächt war. Das sei analog auch auf Art. 3 anzuwenden.

Das Obergericht kann übereinstimmend mit der Minderheit der ersten Instanz diese extensive Interpretation des Gesetzes nicht gutheissen. Das Haftpflichtgesetz macht einen wesentlichen Unterschied zwischen Unfällen, welche durch den Betrieb einer Fabrik entstehen, und Berufskrankheiten. Art. 5 c gilt allerdings auch für letztere, nicht nur für Unfälle. Es ist das einmal aus seiner Stellung nach Art. 3 zu schliessen und sodann auch aus seinem Wortlaut, indem er ganz unverkennbar zwischen Unfall und Krankheit unterscheidet. Es darf aber aus dieser Bestimmung nicht mehr herausgeholt werden als darin steht. Sie kann an der präzisen und klaren prinzipalen Vorschrift des Art. 3 nichts ändern, wonach der Arbeitgeber für Erkrankung seiner Arbeiter nur haftet, sofern dieselbe ausschliesslich durch den Betrieb der Fabrik erfolgt ist. Art. 5 c ist eine Erleichterung zu Gunsten des Arbeitgebers. Seine Ersatzpflicht wird reduziert, wenn zwar die speziell vorhandene Krankheit ausschliesslich durch den Fabrikbetrieb erzeugt, ihre Entstehung und Entwicklung aber dadurch begünstigt und befördert worden ist, dass die Gesundheit des Arbeiters vor dem Eintritt desselben bei dem beklagten Fabrikherrn durch seine frühere Gewerbeausübung geschwächt war, er also nicht etwa schon den speziellen Krankheitskeim mitbrachte, wohl aber eine allgemein geschwächte Körperkraft, bei welcher die erst später aufgetretene Krankheit einen günstigen Nährboden fand. Diese zu Gunsten des Arbeitgebers aufgestellte Bestimmung darf nicht so ausgelegt werden, dass sie den klaren Art. 3 abschwächt oder aufhebt, wie es die Interpretation der erstinstanzlichen Mehrheit thun würde.

(Amtsbericht des Obergerichts für 1895, S. 65 ff.)

---

52. *Schuldanerkennung im Sinne des Art. 82 B.-G. über Betr. u. Konk. Nicht zu finden in einer Zeugenaussage, die in einem Prozesse zwischen dem Gläubiger und einem Dritten abgegeben worden.*

**Luzern.** Entscheid der Justizkommission vom 13. Dezember 1895.

Alois Bucheli betrieb den Jakob Baumli für Fr. 1594. 42 Kaufpreis für geliefertes Holz, und begehrte auf Rechtsvorschlag des Baumli Rechtsöffnung, gestützt auf die Aussagen, die Baumli im Civilprozesse des Petenten gegen J. Huber als Zeuge vor Bezirksgericht gethan und wodurch er zugegeben hat, dass er den Betrag für das Holz, das der Petent ihm geliefert habe, noch schulde. Das Rechtsöffnungsgesuch wurde aber abgewiesen.

Motive: Petent erblickt in der angeführten Deposition des Gegners eine Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 des B.-Ges.; zum Begriff einer solchen Schuldanerkennung gehört, dass darin die schriftliche, bedingungslose und vorbehaltlose Erklärung einer Person liegt, einer andern bestimmt bezeichneten Person eine in Geldeswert ausgedrückte Leistung entrichten zu müssen (Arch. f. Sch. u. K. I S. 31); eine solche Erklärung kann aber in den erwähnten Zeugenaussagen des B. nicht gefunden werden, indem vorab der animus confitendi bei ihm im Augenblicke der Zeugnisabgabe, d. i. der Wille, gegenüber dem heutigen Kläger sich als zahlungspflichtig zu bekennen, nicht vermutet werden darf, und auch kein bestimmter, in Geldeswert ausgesetzter Betrag genannt ist, worauf sich dieselbe beziehen soll. Es handelt sich thatsächlich hier um ein in einem Prozesse des Klägers mit einem Dritten gemachtes, für das Verhältnis zwischen Kläger und Opponent aussergerichtliches Geständnis, das wohl als Beweismittel dienlich ist, aber keine unbedingte Schuldverpflichtung für den Opponenten begründet und in diesem Verfahren nicht zu seinem Nachteile verwertet werden kann.

(Verhandl. des Obergerichts und der Justizkomm. v. J. 1895, S. 177 f.)

---

53. *Action en paiement intentée par un Allemand établi en Angleterre; demande de cautio judicatum solvi par le défendeur suisse. Traité d'amitié avec l'Angleterre du 6 sept. 1855; traité d'établissement avec l'Allemagne du 31 mai 1890.*

**Genève.** Arrêt de la Cour de justice civile du 1er février 1896 d. l. c. Uhlmann et Cie c. Seckel.

J.-M. Seckel, négociant, domicilié à Londres, a assigné Uhlmann et Cie, à Genève, en paiement de 3950 francs. Ceux-

ci ont invité Seckel à fournir caution pour le paiement éventuel des frais de l'instance. Seckel a répondu qu'étant sujet anglais il n'avait pas à fournir cette caution en vertu de l'art. 64 de la loi de procédure civile genevoise et 3 al. 2 du traité d'amitié etc. entre la Suisse et la Grande-Bretagne du 6 sept. 1855. Uhlmann et Cie ont alors affirmé que Seckel n'est point sujet anglais, mais allemand, et Seckel a dû en convenir; toutefois, il a soutenu qu'ayant quitté l'Allemagne depuis plus de dix ans, il a perdu sa qualité de sujet allemand, et qu'étant établi depuis plus de 40 ans à Londres, où il s'est marié, paie ses taxes et impôts, est chef de famille et électeur en matière municipale, il doit être assimilé à un sujet anglais et être mis au bénéfice du traité. Le tribunal de 1re instance a débouté Uhlmann et Cie de leur exception, en admettant que le demandeur est obligé par les lois de la Grande-Bretagne et protégé par elles et doit être mis sur le même pied qu'un sujet anglais; et que Uhlmann et Cie, n'étant pas astreints, — s'ils poursuivaient Seckel devant les tribunaux anglais, — à fournir caution, la réciprocité veut que Seckel puisse se présenter devant les tribunaux suisses dans les mêmes conditions. Uhlmann et Cie ont interjeté appel de ce jugement et la Cour a réformé ce dernier.

Motifs: Considérant que le traité anglo-suisse de 1855 ne protège que les citoyens et sujets de l'une ou de l'autre partie contractante, mais non les étrangers établis sur leur territoire, même depuis 40 ans; que le texte du traité ne peut laisser aucun doute sur ce point;

Qu'à considérer Seckel comme étant encore sujet allemand, il n'existe, dans le traité d'établissement entre la Suisse et l'Allemagne du 31 mai 1890, aucune disposition analogue à l'art. 3 du traité anglo-suisse de 1855.

Enfin, il est certain qu'en Allemagne le demandeur genevois n'est pas dispensé de fournir caution, puisqu'il résulte du § 81 de la loi impériale allemande sur le paiement des frais de justice que tout demandeur, même le citoyen allemand, est tenu de faire une avance de frais qui varie suivant la valeur du litige; Seckel, sujet allemand, ne serait donc point d'un état dans lequel on n'exige pas de caution ou d'avance du demandeur genevois.

Il doit donc être astreint à fournir caution ou à consigner la somme qui va être fixée par la Cour.

(La Semaine judiciaire, XVIII [1896] p. 188 ss.)

---

## A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

**54.** *Art. 56, 58, 89 des Bundesgesetzes betr. die Organisation der Bundesrechtspflege. Gegen Entscheidungen kantonaler Gerichte über Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung eines Nachlassvertrags ist weder die Berufung noch die Kassationsbeschwerde an das Bundesgericht statthaft, da solche Entscheidungen sich nicht als Haupturteile in Civilstreitigkeiten qualifizieren.*

(Entsch. v. 1. Mai 1897 in Sachen Aldinger c. Erben Notz.)

---

**55.** *Art. 58 des Bundesgesetzes betr. die Organisation der Bundesrechtspflege. Begriff des Haupturteils.*

Kantonale Entscheidungen, durch welche über einzelne Einreden u. dergl. (in concreto über die prozessualisch als gesondert zu erledigende Einrede behandelte Bestreitung der Passivlegitimation) vorab entschieden wird, erscheinen, sofern nur natürlich durch den Entscheid über die Einrede (durch den Zuspruch derselben) nicht auch die Hauptsache selbst erledigt (der Klageanspruch ab- oder zurückgewiesen) wird, nicht als Haupturteile im Sinne des Art. 58 B.-G. und unterliegen somit einer selbständigen Berufung an das Bundesgericht nicht. Dagegen ist selbstverständlich, dass eine Berufung, welche s. Zt. gegen das zu erlassende Haupturteil eingelegt wird, sich auch auf die Entscheidung über die vorfraglich behandelte Einrede erstreckt (vgl. Entsch. A. Slg Bd XIV, S. 88 f. Erw. 3; ibid. Bd XV, S. 249 f.; Reichel, Kommentar zum O. G. S. 62 f. Anmerk. 2). (Entsch. v. 7. Mai 1897 in Sachen Portlandcementfabrik Rotzloch c. Huber & Guggenbühl.)

---

**56.** *Art. 56 des Bundesgesetzes betr. die Organisation der Bundesrechtspflege. Art. 10 O. R. Das pactum de constituenda servitute ist wie der dingliche Grunddienstbarkeitsvertrag nach kantonalem Rechte zu beurteilen.*

Wie unzweifelhaft der dingliche, so muss auch der obligatorische, auf Errichtung einer Grunddienstbarkeit gerich-

tete, Vertrag vom kantonalen Rechte beherrscht werden; mit andern Worten, es müssen Verträge über Errichtung von Grunddienstbarkeiten, mögen sie nun unmittelbar dingliche Wirkung ausüben, also das dingliche Recht selbst unmittelbar begründen, oder nur einen persönlichen Anspruch auf dessen Einräumung hervorbringen, in gleicher Weise dem kantonalen Rechte, welchem die Ordnung des Immobiliarsachenrechts zusteht, unterstellt bleiben. Dies ergiebt sich aus dem nahen zwischen der dinglichen und der obligatorischen Seite solcher Verträge bestehenden innern Zusammenhange, welcher es ausschliesst, dass beide nach verschiedenen Rechten beurteilt werden, dass das obligatorische Geschäft rücksichtlich seiner Gültigkeit und seiner Wirkungen nach einem andern Rechte sich richte, als demjenigen, welches für das dingliche Recht, auf dessen Begründung es abzweckt, massgebend ist. So ist z. B. klar, dass die Frage, was überhaupt den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden kann, auch für das obligatorische auf Begründung einer Grunddienstbarkeit gerichtete Geschäft nur nach den Regeln des Immobiliarsachenrechts beurteilt werden kann, dass nur nach letzterem Rechte entschieden werden kann, ob einem auf Errichtung einer Grunddienstbarkeit gerichteten Vertrage überhaupt bloss persönliche oder aber dingliche Wirkung zukomme u. s. w. Richtig ist allerdings, dass Art. 10 O. R. nur hinsichtlich der Form der Verträge, welche dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen betreffen, das kantonale Recht ausdrücklich vorbehält. Allein daraus darf nicht argumento e contrario gefolgert werden, dass nun rücksichtlich der materiellen Erfordernisse und Wirkungen solcher Verträge das Gegenteil gelte; es ist dies für diese Verträge ebensowenig statthaft, wie für die Schenkung, hinsichtlich welcher Art. 10 cit. den gleichen Vorbehalt macht, während doch einem Zweifel nicht unterliegen kann, dass deren Regelung überhaupt dem kantonalen Rechte vorbehalten ist. Aus Art. 10 ist mehr nicht zu folgern, als dass für die Form der dort genannten Verträge nicht eidgenössisches, sondern kantonales Recht gelte; ob im übrigen für dieselben kantonales oder eidgenössisches Recht massgebend sei, ist nach dem gesamten Inhalte der eidgenössischen Gesetzgebung und dem innern Verhältnisse der unzweifelhaft kantonalrechtlicher Regelung überlassenen Rechtsgebiete zu den durch das Obligationenrecht geregelten zu beurteilen. Danach muss aber in gleicher Weise, wie das Bundesgericht dies bereits für das Grundpfandversprechen, den obligatorischen Grundpfandvertrag, ausgesprochen hat (vgl. Entsch. Amtl. Sammlg Bd XVI,

S. 399, Erw. 3), auch für Grunddienstbarkeitsverträge, bezw. Vorverträge zu solchen, festgehalten werden, dass das Obligationenrecht deren Regelung, ihres unlösbaren Zusammenhanges mit dem nach Art. 65 B. V. durchaus der kantonalen Gesetzgebungskompetenz unterstellten Immobiliarsachenrechte wegen, stillschweigend der kantonalen Gesetzgebung vorbehalten hat. Das Bundesgericht ist daher zu Beurteilung sachbezüglicher Streitigkeiten (als Berufungsinstanz) nicht kompetent. (Entsch. v. 13. März 1897 i. S. Steiner-Höhn c. Kälin-Benziger.)

57. *Art. 59 des Bundesgesetzes betr. die Organisation der Bundesrechtspflege. Art. 1, 180, 181, 182, 338 O. R. — Streitwertsberechnung. — Dienstvertrag. — Inwiefern ist Stillschweigen als Genehmigung aufzufassen? — Konventionalstrafe.*

1. Wenn der Beklagte Abweisung der Klage zur Zeit beantragt, weil die eingeklagte Forderung nicht fällig sei, so bestimmt sich der Streitwert nach dem Nominalwerte der Forderung, da die Existenz einer präsenten Schuldpflicht von diesem Betrage bestritten ist.

2. Der Vertrag zwischen Bauherrn und Architekten, wodurch dieser zu Aufstellung eines Projektes und zu Prüfung einer Abrechnung über geleistete Arbeiten beauftragt wird, qualifiziert sich als Dienstvertrag (Art. 338 O. R.); derselbe involviert für sich allein keine Vollmacht, wodurch der Architekt befugt würde, für den Bauherrn verbindliche Erklärungen gegenüber den Bauunternehmern abzugeben.

3. Stillschweigen auf einen Antrag kann in der Regel nicht als Annahme desselben ausgelegt werden; dies ist nur dann der Fall, wenn besondere Umstände dafür sprechen, insbesondere, wenn die Grundsätze von Treu und Glauben diese Auslegung gebieten. — Das Stillschweigen des Bauherrn auf eine ihm vom Unternehmer mit der Aufforderung, sich über deren Anerkennung auszusprechen, zugesendete Abrechnung über die ausgeführten Arbeiten kann nicht als Genehmigung ausgelegt werden.

4. Der Bauunternehmer, welcher behauptet, die rechtzeitige Ausführung des Baues sei durch den Gläubiger verunmöglicht worden und es sei daher die für die Verspätung stipulierte Konventionalstrafe nicht verfallen, ist für seine Behauptung beweispflichtig.

5. Die Frage, ob eine Konventionalstrafe als übermässig der Ermässigung unterliege, muss mit Rücksicht auf die Höhe des Interesses des Gläubigers an richtiger und rechtzeitiger

Vertragserfüllung beurteilt werden. (Entsch. v. 12. Februar 1897 i. S. Soldini e Brenni c. Pedrioli.)

---

58. *Art. 50 O. R. vgl. Art. 11 des Bundesgesetzes betr. den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken v. 26. September 1890. — Geschäftsbezeichnung.*

1. Geschäftsbezeichnungen individuellen Charakters (wozu auch die Bezeichnung Industrie genevoise d'Electricité gehört) sind rechtlich geschützt.

2. Das Recht auf eine Geschäftsbezeichnung kann durch Rechtsnachfolge nur gemeinsam mit dem Geschäfte, für welches dieselbe angenommen worden ist, nicht getrennt von demselben, übertragen werden (ebenso wie das Markenrecht). Wird das Geschäft endgültig aufgegeben, so wird die Geschäftsbezeichnung gemeinfrei in dem Sinne, dass ein ausschliessliches Recht auf dieselbe von demjenigen neu erworben wird, der sie zuerst wieder für sein Geschäft gebraucht und in den Verkehr einführt. (Entsch. v. 6. März 1897 i. S. G. Olivet und G. Olivet & Cie in Liquidation c. Bousser.)

---

59. *Art. 96, 122, 123, 124 O. R. Art. 190 Ziff. 2 des Bundesgesetzes betr. Schuldbetreibung und Konkurs. Begriff der Zahlungseinstellung. — Bedeutung des Art. 96 O. R.*

1. Il est hors de doute que soit l'art. 190 chiffre 2 L. P., soit le Code des obligations, dans celles de ses dispositions qui attachent certaines conséquences juridiques à la *suspension de paiements* d'une personne, considèrent cette suspension comme la manifestation de l'insolvabilité.

La notion de la suspension de paiements ne doit donc pas être comprise dans le sens étroit, d'après lequel elle supposerait une suspension générale de tous les paiements, de manière qu'il n'y aurait lieu de l'admettre qu'à partir du moment où aucun paiement de quelque importance n'a plus été fait. Une suspension de paiements dans le sens de l'art. 96 C. O. existe bien plutôt, — alors même que seulement quelques paiements échus n'auraient pas été effectués, — dès le moment où le non-paiement apparaît comme résultant d'une insolvabilité durable, ayant elle-même sa source dans la situation de fortune du débiteur, et ce alors même que cette insolvabilité ne serait pas visible à chacun et qu'elle ne se serait révélée qu'à l'égard de celui qui invoque la disposition de l'art. 96 précité. Une autre appréciation serait contraire au

sens et au but de cet article, dont l'intention est manifestement qu'en matière de contrats bilatéraux, dans lesquels une partie doit exécuter sa prestation avant l'autre, la première ne peut être tenue à cette exécution sans garantie, alors que cette autre partie se trouve en déconfiture et vraisemblablement hors d'état de remplir ses obligations contractuelles.

2. L'art. 96 C. O. n'impose nullement à la partie qui est déclarée en faillite, ou suspend ses paiements, *l'obligation* de fournir une garantie pour l'exécution de ses engagements, mais elle se borne à conférer à l'autre partie le droit, soit la faculté, de se refuser à ses prestations contractuelles jusqu'à ce que des sûretés lui aient été données par la partie cocontractante. L'art. 96 a pour but de protéger la partie qui doit faire crédit à l'autre ensuite du contrat, en l'autorisant à opposer à l'action de celle-ci en exécution du dit contrat, l'exception tirée de la suspension de paiements, aussi longtemps que des garanties suffisantes et préalables n'ont point été fournies.

L'art. 96 ne va pas plus loin; en particulier il n'accorde point un droit d'action par laquelle l'une des parties pourrait contraindre juridiquement celle qui a suspendu ses paiements à lui fournir la garantie en question. Il suit de là que la partie devenue insolvable ne saurait, par le seul fait qu'elle ne fournit point la dite garantie, être envisagée comme ayant omis de remplir une obligation lui incombant, et comme ayant par là même rompu le contrat.

Bien que l'art. 96 précité ne confère à la partie qui doit faire crédit à l'autre que le droit de suspendre (zurückhalten) sa prestation, et non celui de résilier le contrat, il ne s'en suit pas qu'elle doive être liée indéfiniment par le dit contrat, et qu'elle soit tenue d'attendre, pendant un temps illimité, que la garantie dont il s'agit lui soit fournie. Il y a lieu, bien plutôt, de lui reconnaître le droit, dans le cas où cette sûreté ne lui serait pas donnée dans un délai convenable, de se désister du contrat. Mais cette considération est sans influence aucune sur la question du droit à réclamer ou de l'obligation à payer des dommages-intérêts. En effet l'art. 124 C. O., — ainsi que cela résulte clairement de sa teneur, et en particulier de la circonstance qu'il renvoie aux art. 122 et 123 ibidem, — n'est applicable que dans le cas où une partie est en retard dans l'accomplissement d'une *obligation*, et où l'autre partie s'est désistée du contrat par ce motif; or rien de semblable n'existe en l'espèce, attendu que, comme il a été déjà dit, l'art. 96 n'impose aucune obligation de fournir une garantie, mais qu'il

confère seulement un droit de suspendre l'exécution du contrat, jusqu'à ce que la dite garantie ait été donnée. (Entsch. v. 24. Januar 1897 i. S. Schoop c. Masse Hegi.)

---

**60.** *Art. 146 Abs. 3, Art 183 O. R. Die Verjährung familienrechtlicher Alimentenforderungen richtet sich nach kantonalem Rechte. Ebenso ist die Uebertragbarkeit oder Unübertragbarkeit solcher Forderungen nach kantonalem Rechte zu beurteilen, da dieses Recht Natur und Inhalt der Forderung, wovon die Uebertragbarkeit abhängt, regelt.*

(Entsch. v. 13. Februar 1897 i. S. Bonaccio c. Loosli.)

---

**61.** *Art. 58 des B.-Ges. betr. die Organisation der Bundesrechtspflege. Art. 142, 881 ff. O. R. Art. 149, 265, 328 des B.-Ges. betr. Schuldbetr. und Konkurs. Novation durch Wechsel. Zeitliche Rechtsanwendung hinsichtlich der Verjährung von Verlustscheinforderungen an einen Konkursiten. — Die Entscheidung darüber, ob ein Konkursit zu neuem Vermögen gekommen sei, ist kein Haupturteil.*

1. Vom Bundesgericht ist in Uebereinstimmung mit Doktrin und Praxis mehrfach ausgesprochen worden, dass die Ausstellung eines Wechsels für eine Forderung an sich noch nicht eine Novation der letztern enthalte, vielmehr nur dann, wenn die Parteien dies gewollt und unzweideutig erklärt haben (s. Entsch. des B.-Ger. i. S. Stoecklin c. Dupré vom 4. Dezember 1896). Eine ausdrücklich hierauf gerichtete Erklärung findet sich in den Akten nirgends, und aus den Umständen kann sie ebensowenig gefolgert werden. Der Novationswille geht auch nicht daraus klar und unzweideutig hervor, dass die Klägerin im Konkurse formell nur die Wechselforderung, nicht die ursprüngliche Forderung eingegeben hat. Mangels anderweitiger Anhaltspunkte muss im Gegenteil angenommen werden, dass die Eingabe der Wechselforderung auch eine Anmeldung der ursprünglichen Forderung enthielt, wie dies das Bundesgericht i. S. Stoecklin c. Dupré ausgeführt hat.

2. Nach allgemein anerkanntem Rechtsgrundsatze (vgl. z. B. Regelsberger, Pand., I S. 192 sub III. 1; Windscheid, Pand., I § 32 Anmerk. 10; Unger, System des österr. Privatrechts, 4. Aufl. I S. 147) findet ein Gesetz, welches eine bisher verjährbare Forderung als unverjährbar erklärt, sofort mit dem Momente seines Inkrafttretens auf eine laufende, aber

noch nicht vollendete Verjährung Anwendung. Dazu kommt die Vorschrift des Art. 328 Sch. Betr. und Konk. Ges., wonach ein Gläubiger, welcher vor dem 1. Januar 1892 in einem Konkurse zu Verlust gekommen und nach Massgabe des kantonalen Rechts für den Verlustbetrag noch forderungsberechtigt ist, vom 1. Januar 1892 an dem Inhaber eines in Anwendung des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes ausgestellten Verlustscheins rechtlich gleichgestellt wird, so dass also namentlich nach Art. 149 in Verbindung mit Art. 265 eod. seine Forderung unverjährbar wird.

3. Zur Beurteilung der Frage, ob der Schuldner seit Beendigung des Konkurses zu neuem Vermögen gekommen sei, d. h. von neuem betrieben werden kann, ist das Bundesgericht, wie es i. S. Schroeder c. Demôle, Urteil vom 27. Juni 1896 (A. Slg Bd XXII S. 448) ausgeführt hat, nicht kompetent, da dies eine Frage rein exekutorischer Natur, nicht eine solche der Rechtsbeständigkeit eines Civilanspruchs ist, und diese Frage niemals den Gegenstand eines Hauptturteils im Sinne des Art. 58 Abs. 1 Org. Ges. bilden kann. (Entsch. v. 26. Februar 1897 i. S. Flury c. Aktiengesellschaft für die Steinbrüche in Ostermundingen.)

---

**62.** *Art. 110, 116, 229, 243, 338 O. R. Rechtliche Natur eines Vertrages über Mitteilung eines gewerblichen Verfahrens (Fabrikationsgeheimnisses). — Gewährleistungspflicht für die Tauglichkeit des Verfahrens.*

Am 21. Juni 1894 haben Gebr. Z. und G. W. folgenden schriftlichen Vertrag abgeschlossen: „Die Firma Gebr. Z. übernimmt unter heutigem Tage das neue Schlichteverfahren des G. W. zum Preise von Fr. 2000, zahlbar sofort nach Einrichtung in barem Gelde, eventuell bankfähigen Rimessen. W. garantiert eine jährliche Oekonomie in der Höhe des bezahlten Betrages, hervorgerufen durch Ersparnis von Schlichtematerialien, Arbeitslohn und Kohlen, sowie ausgezeichnetes Verarbeiten der Ketten auf den Webstühlen. Gebr. Z. sind dagegen verpflichtet, das Verfahren nur in ihrer eigenen Fabrik in S. anzuwenden, andern Personen gegenüber das Verfahren als Geheimnis zu betrachten, weder entgeltlich noch unentgeltlich an andere Firmen abzutreten, bei Meidung einer Konventionalstrafe von Fr. 20,000."

Gebr. Z. behaupteten nun, das ihnen mitgeteilte Schlichteverfahren habe die versprochenen Vorteile nicht gewährt, sondern sei im Gegenteil völlig unbrauchbar. Sie erhoben daher Klage auf Rückerstattung der bezahlten Fr. 2000 samt Zins

zu 5 Prozent seit 21. Juni 1894 und Ersatz eines Schadens im Betrage von Fr. 1200, welcher ihnen erwachsen sei durch Zulagen an die Arbeiter, die während der Anwendung des W.'schen Schlichteverfahrens haben gemacht werden müssen, und durch Minderwert der mit diesem Verfahren erzeugten Waren.

Das Handelsgericht des Kt. Aargau erklärte die Klage bis zum Betrage von Fr. 1000 für begründet, indem es ausführte, das W.'sche Verfahren habe für die Kläger nicht den vollen versprochenen Nutzeffekt gehabt.

Aus dem die angefochtene Entscheidung bestätigenden Urteile des Bundesgerichts ist hervorzuheben: Der Vertrag, durch welchen die Kläger in den Besitz des W.'schen Verfahrens gesetzt werden sollten, stellt sich rechtlich nicht als Kaufvertrag, sondern als eigentümliche Form des Dienstvertrages dar (s. Entsch. des Bundesgerichts vom 13. Juni 1890 i. S. Altweg c. Schetty & Söhne, A. Slg Bd XVI, S. 406). Es ist keine Rede davon, dass durch den Vertrag vom 21. Juni 1894 den Klägern etwa ein Vermögensrecht an der W.'schen Erfindung durch Uebertragung eines allfälligen Patentes hätte eingeräumt werden sollen. Was die Kläger durch jenen Vertrag erlangen sollten, war die Kenntnis dieser Erfindung, die Mitteilung des Verfahrens und die Anleitung zur Ausführung desselben. Der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag war also nicht auf die Uebertragung einer körperlichen oder unkörperlichen Sache zu vollem Rechte und Genuss gerichtet, sondern auf die Mitteilung gewerblicher Manipulationen, auf eine persönliche Dienstleistung thatsächlicher Art. Seiner rechtlichen Natur nach stellt sich somit der gedachte Vertrag nicht als Kaufvertrag, sondern als eine besondere Art des Dienstvertrages dar. Da in der Mitteilung eines Fabrikationsverfahrens für sich allein nicht die Uebertragung einer Sache oder eines Rechtes zu voller rechtlicher und thatsächlicher Herrschaft, sondern eine persönliche Dienstleistung zu erblicken ist, beurteilt sich dann auch grundsätzlich die Frage, ob und in welchem Umfange derjenige, welcher sich zu einer solchen Mitteilung vertraglich verpflichtet hat, für die Tauglichkeit seiner Vertragsleistung einzustehen habe, nach den Regeln über den Dienstvertrag, und nicht nach denjenigen über den Kauf. Dabei ist aber natürlich nicht ausgeschlossen, dass im einzelnen Falle für die Tauglichkeit des mitgeteilten Verfahrens eine Gewährspflicht, ähnlich der für den Kaufvertrag gesetzlich normierten, bestehen kann, sofern eine solche ausdrücklich übernommen

wurde, oder deren Uebernahme nach den Umständen als unter den Parteien stillschweigend vereinbart angenommen werden muss. Dies trifft denn auch im vorliegenden Falle zu, indem sich die Beklagten nicht nur zur Mitteilung des fraglichen Schlichteverfahrens verpflichtet, sondern ausdrücklich Garantie für die Tauglichkeit dieses Verfahrens, d. h. dafür geleistet haben, dass damit durch Ersparnis von Schlichtematerialien, Arbeitslohn und Kohlen eine jährliche Oekonomie in der Höhe des bezahlten Betrages, sowie ausgezeichnetes Verarbeiten der Ketten auf den Webstühlen erzielt werde. Auf Grund dieser Garantie haften die Beklagten den Klägern für das Interesse, das diese an der Verwendung eines Schlichteverfahrens mit dem bezeichneten Nutzeffekt besitzen, und sind daher verpflichtet, beim Ausbleiben dieses Nutzeffektes gemäss Art. 110 und 116 O. R. den Klägern sowohl für den dadurch entstandenen positiven Schaden, als für die entgangenen Vorteile Ersatz zu leisten. (Entsch. v. 6. Februar 1897 i. S. Wendler und Fleury & Adam c. Gebrüder Zweifel.)

---

**63.** *Art. 346 O. R. Wichtige Gründe zu vorzeitiger Auflösung eines Dienstvertrages. Entschädigungspflicht des Zurücktretenden?*

Wie das Bundesgericht in seinem Entscheid in Sachen Meier c. Weniger vom 14. April 1893 (A. S. Bd XIX, S. 317 Erw. 3) ausgesprochen hat, ist als leitendes Prinzip festzuhalten, dass ein wichtiger Grund zur vorzeitigen Auflösung des Dienstvertrages dann vorhanden ist, wenn die wesentlichen Voraussetzungen persönlicher und sachlicher Art, unter welchen der Vertrag abgeschlossen wurde, sich als hinfällig erwiesen haben. Dass der Grund zur vorzeitigen Auflösung in einem Verschulden des Teils, gegen den der Rücktritt sich richtet, oder auch nur in der Person dieses Teiles liegen müsse, sagt das Bundesgesetz nicht; es ist daher grundsätzlich davon auszugehen, dass jede Thatsache als wichtiger Grund im Sinne des Art. 346 O. R. gelte, welche die wesentlichen Voraussetzungen, unter denen der Vertrag abgeschlossen wurde, als dahingefallen erscheinen lässt, wobei allerdings festgehalten werden muss, dass der Rücktritt nach Art. 346 O. R. nur in guten Treuen geschehen darf, und daher in der Regel kein Teil einen Auflösungsgrund aus seinen eigenen Handlungen wird herleiten können (s. Hafner, Kommentar z. O. R., neue Ausgabe, Art. 346 Anm. 3). Was die ökonomischen Folgen einer vorzeitigen Auflösung anbetrifft, so werden dieselben vom Richter nach freiem Ermessen unter Wür-

digung der Umstände und des Ortsgebrauches bestimmt; immerhin hat derjenige Teil vollen Schadenersatz zu leisten, der durch sein vertragswidriges Verhalten den Grund zum Rücktritt gegeben hat (Art. 346 Abs. 3). Die Berechtigung zum Rücktritt wegen eines wichtigen Grundes befreit somit den Zurücktretenden nicht ohne weiteres von der Pflicht, den andern Teil für die Nachteile, die diesem aus der vorzeitigen Aufhebung des Vertrages erwachsen, zu entschädigen. Auch der wegen eines wichtigen Grundes zum Rücktritt Berechtigte kann vielmehr unter Umständen zu einer Entschädigung an den andern Teil verpflichtet werden, während selbstverständlich in dem Falle von einer Entschädigungspflicht des Zurücktretenden niemals die Rede sein kann, wo ihm der andere Teil durch vertragswidriges Verhalten einen wichtigen Grund zum Rücktritt gegeben hat. (Entsch. v. 2. April 1897 i. S. Zürcher Telephongesellschaft c. Grüninger.)

---

**64.** *Art. 346 O. R. Bedeutung der Klausel eines Dienstvertrags, welche dem Angestellten bei „durchaus zufriedenstellenden Leistungen" das Vorrücken in eine höhere Stellung verspricht. Arbitrium merum oder arbitrium boni viri?*

A. Sch., welcher das Technikum in Winterthur absolviert hatte, trat gemäss Dienstvertrag vom 29. Juni 1893 in das Werk der Beklagten in Neuhausen ein, in der Meinung, dass er (bei einem Taglohn von Fr. 5 nebst der reglementarischen Produktionsprämie) als Dynamo- und Turbinenwärter, sodann als Ofenarbeiter eine gründliche Lehre durchzumachen habe. Der Vertrag war auf die Dauer von drei Jahren geschlossen und enthält in Art. 5 Abs. 1 die Bestimmung, dass die Beklagte dem A. Sch. verspreche, ihn „bei durchaus zufriedenstellenden Leistungen nach Ablauf von $1^1/_2$ Jahren in eine Aufseherstelle vorrücken zu lassen, wobei der Gehalt auf Fr. 2400 per Jahr erhöht wird." — Da die Beklagte den A. Sch., trotzdem irgend welche Zwischenfälle nicht vorgekommen waren, nach Verlauf von $1^1/_2$ Jahren nicht vorrücken liess, so trat derselbe vom Vertrage zurück und belangte die Beklagte, gestützt auf Art. 346 Abs. 3 O. R., auf Schadenersatz. Hinsichtlich der Frage, ob die Bestimmung des Art. 5 Abs. 1 des Dienstvertrages einen Rechtsanspruch des Klägers begründet habe, ist in den Gründen der bundesgerichtlichen Entscheidung bemerkt:

Die Dienstverträge enthalten häufig eine Klausel, wonach der Dienstherr dem Dienstnehmer für den Fall, dass er zu-

frieden mit ihm sei, gewisse Vorteile verspricht, z. B. eine Gratifikation, Beförderung, Lohnerhöhung. Der Entscheid der Frage, ob eine derartige Klausel für den Versprechenden eine Verpflichtung, für den andern Teil eine Forderung begründe, hängt in erster Linie von den besonderen Umständen des Falles und dem speziellen Wortlaute der betreffenden Klausel ab; doch kann im allgemeinen gesagt werden: damit eine solche Klausel verpflichtend wirke, ist dreierlei erforderlich: erstens, dass das Objekt, der dem Arbeitnehmer zu gewährende Vorteil, genau bestimmt oder wenigstens bestimmbar sei, zweitens, dass die Parteien den Verpflichtungswillen gehabt haben, drittens, dass die Frage, ob die Vorteile gewährt werden sollen, nicht rein vom Belieben des Verpflichteten abhängen soll. Ersteres trifft nicht zu, wenn eine Gratifikation, eine Beförderung, eine Gehaltsaufbesserung versprochen wird, ohne dass gesagt wäre, worin sie bestehen soll, und ohne dass dies den übrigen Umständen zu entnehmen wäre; in diesen Fällen handelt es sich um rein moralische, ausserhalb des Rechtes stehende Verpflichtungen. Anders verhält es sich dagegen, wenn genau und bestimmt gesagt ist, was als Gratifikation gegeben werde, was für eine Beförderung stattfinden, wie gross die Gehaltserhöhung sein solle. Allein auch in letzterem Falle muss das oben in zweiter Linie angeführte Erfordernis, der Verpflichtungswille, hinzukommen, damit eine Verpflichtung begründet werde. Im Zusammenhange mit diesem zweiten steht das dritte Requisit: es darf nicht einzig und allein vom Willen des Verpflichteten abhängen, ob jene Besserstellung stattfinden soll oder nicht. In diesem Falle wäre die Verpflichtung einer sog. reinen Potestativbedingung (condizione meramente potestativa) unterworfen und deshalb ungültig. Eine solche reine Potestativbedingung nun liegt nach der in der gemeinrechtlichen, wie in der französischen Doktrin und Praxis allgemein verbreiteten Auffassung nicht vor, wenn als Bedingung nicht der Wille des Verpflichteten, sondern ein objektives äusseres Ereignis gesetzt ist, über dessen Eintritt oder Nichteintritt jeder Dritte, also auch z. B. der Richter, entscheiden kann. Ist es in letzterem Falle in das Ermessen des Verpflichteten gestellt, zu entscheiden, ob das Ereignis eingetreten sei, d. h. ob die Bedingung erfüllt sei oder nicht, so ist unter diesem Ermessen im Zweifel, dann, wenn der Wortlaut der Verpflichtung und die allgemeinen Umstände des Falles nicht dagegen sprechen, nicht das arbitrium merum, sondern das arbitrium boni viri zu verstehen, welches der Nachprüfung unterliegt.

In Anwendung der entwickelten Grundsätze auf die in Frage stehende Vertragsklausel gelangt man zu folgenden Schlüssen: Dass das erste Erfordernis vorhanden ist, erhellt ohne weiteres: die Art und Weise der Besserstellung sowie der Zeitpunkt derselben sind genau bestimmt, ebenso der Zeitraum, für welchen der Kläger in der höheren Stellung angestellt sein sollte. Was das zweite, den Verpflichtungswillen, betrifft, so haben die Vorinstanzen das Vorhandensein desselben angenommen, und nach wiederholten Entscheiden des Bundesgerichts ist die Feststellung des Parteiwillens eine thatsächliche Feststellung, an welche das Bundesgericht gebunden ist, sofern sie nicht aktenwidrig oder rechtsirrtümlich ist (vgl. bundesgerichtl. Entsch. XXI, S. 151, 286, 1117). Von diesen Ausnahmegründen nun trifft keiner zu; gegenteils ist die Auffassung der Vorinstanzen als die nach dem Inhalte der Akten einzig richtige anzusehen. Denn, wie die erste Instanz mit Recht hervorhebt, ist der Kläger nicht ein gewöhnlicher Arbeiter, sondern ein theoretisch geschulter Elektro-Techniker, der eine Stelle als Lehrling und gewöhnlicher Arbeiter bei der Beklagten nur annahm, in der Voraussetzung, befördert zu werden; das Versprechen, ihn zu befördern, bildete also für ihn geradezu das Motiv des Vertragsabschlusses. Dies musste auch der Beklagten ohne weiteres klar sein. Endlich kommt dazu das Wort „verspricht," das eine Verpflichtung in sich schliesst. Hieraus ergiebt sich weiterhin, dass auch das dritte Requisit in casu vorhanden ist: das Ermessen der Beklagten, ob die Dienstleistungen des Klägers durchaus zufriedenstellende waren, war nicht reine Willkür, vielmehr das arbitrium boni viri. Diese Leistungen sind ein äusseres Ereignis, eine Handlung des Klägers, an welche ein objektiver Massstab gelegt werden kann. Gerade der Wortlaut „bei durchaus zufriedenstellenden Leistungen," im Gegensatze etwa zu „wenn ich zufrieden bin" objektiv gefasst, spricht dafür, dass über die Frage, ob die Leistungen zufriedenstellende seien, nicht die Willkür der Beklagten entscheiden sollte. (Entsch. v. 6. März 1897 i. S. Aluminiumindustrie-Aktiengesellschaft Neuhausen c. Schmid.)

---

**65.** *Art. 83 des B.-G. betr. Schuldbetr. und Konk. Art. 489, 491 O. R. Berechnung der Frist zu Erhebung der Aberkennungsklage. Bürgschaft zu Gunsten eines unbekannten Gläubigers.*

1. Die in Art. 83 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes für die Einreichung der Aberkennungsklage einge-

räumte Frist ist vom Tage des Empfangs der Rechtsöffnungsentscheidung und nicht vom Tage der Versendung derselben an zu berechnen.

2. Die Person des Gläubigers ist für die Verpflichtung des Bürgen an und für sich nicht wesentlich, und es ist deshalb auch nicht ausgeschlossen, dass die Bürgschaft zu Gunsten eines unbekannten Gläubigers geleistet werde (Schneider Kommentar zum schweiz. O. R. Art. 491 Anm. 4). Dies ist in casu geschehen, indem Kläger sich durch den Bürgschein offenbar dem jeweiligen Gläubiger der darin erwähnten Schuldbriefforderung als Bürge verpflichtet hat. Als unerlässliches Erfordernis der Gültigkeit einer Bürgschaft folgt aus der Bestimmung, dass dieselbe der schriftlichen Vertragsform bedürfe, nur, dass in dem Bürgschein die verbürgte Hauptschuld bezeichnet werde, und dass der Bürgschein die Unterschriften der Personen trage, welche durch denselben verpflichtet werden sollen. (Entsch. v. 5. März 1897 i. S. Bringolf c. Träubler.)

---

**66.** *Art. 561 O. R. Umfang der Vertretungsbefugnis des geschäftsführenden Mitgliedes einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft.*

J. F. in W. hatte dem J. G. aus Sch. den Betrag von Fr. 14,000 vorgeschossen, damit derselbe eine Einlage in die aus ihm und G. Sch. als unbeschränkt haftenden Gesellschaftern und J. M. und A. M. als Kommanditären bestehende Kommanditgesellschaft Sch. G. & Cie leisten könne. Nachträglich liess sich J. F. von den geschäftsführenden Gesellschaftern G. Sch. und J. G. (hinter dem Rücken der Kommanditäre) eine Erklärung ausstellen, wonach die Kommanditgesellschaft die Haftung für die fragliche Schuld des J. G. übernahm. Diese Erklärung wurde indess sowohl vom Handelsgerichte des Kts. Aargau als vom Bundesgerichte als für die Kommanditgesellschaft unverbindlich erklärt, vom Bundesgerichte aus folgenden Gründen:

Die Vertretungsbefugnis des geschäftsführenden Anteilhabers einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft erstreckt sich allerdings nach Art. 561 O. R. nicht bloss, wie diejenige des Handlungsbevollmächtigten, auf diejenigen Geschäfte, welche der Betrieb des von der Gesellschaft geführten Gewerbes gewöhnlich mit sich bringt, sondern auf alle Rechtshandlungen und Geschäfte, welche überhaupt im Interesse des Gesellschaftszweckes liegen können, also auch auf solche, die, wenn auch ausserhalb des gewöhnlichen Ge-

schäftsbetriebes liegend, doch möglicherweise in dem Zweck der Gesellschaft begründet, d. h. durch denselben nicht ausgeschlossen sind (s. Entsch. des Bundesgerichts i. S. Schweizer c. Härtsch vom 19. Juni 1896 A. S. XXII S. 595). Nun soll nicht gesagt werden, dass die Uebernahme einer Privatschuld eines Gesellschafters durch die Gesellschaft von vornherein als mit dem Zweck der Gesellschaft unter keinen Umständen vereinbar erscheine. Allein im vorliegenden Falle musste es für den Kläger ausser Zweifel stehen, dass die Schuldübernahme, welche Sch. und G. ihm gegenüber Namens der Gesellschaft eingingen, unmöglich im Zwecke der Gesellschaft liegen könne, sondern demselben geradezu widerspreche. Denn es handelte sich dabei im Grunde lediglich darum, den Beitrag, den der Gesellschafter G. an das Gesellschaftskapital hätte leisten sollen, aus den Mitteln der Gesellschaft selbst zu beschaffen, wodurch der Zuwachs am Gesellschaftskapital, also am Deckungskapital für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, der durch die Einlage G.'s hätte erfolgen sollen, paralysiert wurde. Dass dieser Effekt der Schuldübernahme dem Kläger nicht entgangen war, und er also wusste, dass durch die genannte Rechtshandlung der geschäftsführenden Gesellschafter den Interessen der Gesellschaft direkt entgegen gearbeitet werde, steht ausser Zweifel. Es steht fest, dass Kläger dem G. die Fr. 14,000 zum Zwecke geliehen hat, damit derselbe mit dieser Summe seine Geschäftseinlage mache. Aus dem Inhalt der Schuldübernahmsurkunde selbst musste Kläger ferner entnehmen, dass die betreffende Summe dem G. wirklich als Geschäftseinlage gutgeschrieben worden sei, und konnte sich deshalb auch nicht verhehlen, dass die Uebernahme der Darlehensschuld, welche G. zum Zwecke seiner Einlage eingegangen war, einfach auf eine Täuschung der Kommanditäre hinauslief, indem dieselben in den Glauben versetzt wurden, die Einlage sei effektiv vorhanden, während es sich in That und Wahrheit um einen Kredit der Gesellschaft selbst handelte. Dass die beiden geschäftsführenden Gesellschafter zu einem Geschäfte, wie die streitige Schuldübernahme, ermächtigt gewesen seien, konnte Kläger also unmöglich annehmen. (Entsch. v. 30. Januar 1897 i. S. Furrer c. Müller und Schoch, Gruban & Cie in Liquidation.)

---

**67.** *Art. 582, 583, 584, 598 O. R. Stellung des Liquidators einer (Kommandit-)Gesellschaft.*

1. Der Liquidator einer aufgelösten (Kommandit-)Gesellschaft hat u. a. die Verpflichtungen der aufgelösten Gesell-

schaft zu erfüllen und deren Forderungen einzuziehen. Dies gilt auch für Schulden oder Forderungen der Gesellschaft gegenüber einzelnen Gesellschaftern, denn diese können ebensogut wie Dritte Schuldner oder Gläubiger der Gesellschaft sein. Die Liquidation einer Gesellschaft ist also deshalb noch nicht beendigt, weil alle Gesellschaftsgläubiger, die nicht zugleich Gesellschafter sind, bezahlt oder sichergestellt sind.

2. Wenn ein Kommanditär sich Dritten gegenüber als Vertreter der Gesellschaft geriert, so wird er aus den betreffenden Geschäften den Dritten gemäss Art. 598 O. R. gleich einem unbeschränkt haftenden Gesellschafter verpflichtet, dagegen wird dadurch die Gesellschaft selbst nicht in eine Kollektivgesellschaft umgewandelt.

3. Wenn man auch annimmt, es stehe den Gesellschaftern gemäss Art. 583 O. R. ein Klagerecht gegen den Liquidator auf vorläufige Verteilung der während der Liquidation entbehrlichen Gelder zu, so muss doch gemäss Art. 583 Abs. 2 O. R. festgehalten werden, dass von entbehrlichen Geldern erst dann gesprochen werden kann, wenn die nötigen Mittel zur Deckung erst später fälliger Gesellschaftsschulden und der den einzelnen Gesellschaftern bei der Auseinandersetzung zustehenden Ansprüche bei Seite gelegt worden sind. Dabei muss auch auf bestrittene Forderungen Rücksicht genommen werden. (Entsch. v. 12. März 1897 i. S. Vilotti c. Vilotti & Cie in Liquidation.)

---

68. *Bundesgesetz betr. die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrt Unternehmungen vom 1. Juli 1875, Art. 5. Einrechnung der den Hinterlassenen eines verunglückten Beamten zukommenden staatlichen Pension auf die Haftpflichtentschädigung.*

Die Pensionen, welche den Klägern von der deutschen Zollverwaltung seit dem Unfall ihres Versorgers gewährt werden, können nicht auf die Haftpflichtentschädigung in Abrechnung gebracht werden. Die Pensionen, die auf dem für Elsass-Lothringen geltenden Gesetz betreffend die Pensionen der Witwen und Waisen der Beamten und Lehrer, vom 24. Dezember 1873, beruhen, dienen nicht dazu, um den durch den Unfall den Hinterlassenen des de C. entstandenen Schaden zu ersetzen; die Verpflichtung zur Pensionierung setzt den Tod nicht als ein unerwartet die Verhältnisse der Hinterbliebenen berührendes schädigendes Ereignis voraus, sondern es ist dieses lediglich der vorausgesehene Anlass zur Aus-

richtung eines bis jetzt nicht ausgerichteten Entgelts für die von dem pensionsberechtigten Verstorbenen geleisteten Dienste. Es handelt sich also nicht um einen Vorteil, der den Hinterbliebenen aus dem Tode des de C. erwachsen wäre, sondern um die Erfüllung einer im Dienstverhältnisse begründeten Verpflichtung, oder ökonomisch gesprochen, um eine Art Ersparnis. Im Grund und im Zwecke sind somit die Pensionen und die Haftpflichtentschädigung, auf welche die Kläger Anspruch erheben, verschieden, und so kann von einer gegenseitigen Anrechnung der beiden Zuwendungen nicht die Rede sein. Es trifft auch nicht etwa das Billigkeitsmotiv zu, dass die Kläger auf Kosten der Beklagten bereichert würden. Denn da die Pensionsberechtigung einen Teil der Gegenleistungen des Staates für die Dienste seiner Beamten bildet, so ist klar, dass die eigentliche Löhnung um so geringer gehalten ist. Ohne die Pensionsberechtigung wäre diese grösser und damit würde auch im Falle des Todes des Beamten der Haftpflichtanspruch der Hinterbliebenen erhöht. Dass die Aufrechnung solcher Leistungen nicht zulässig ist, geht übrigens auch daraus hervor, dass in dem für die haftpflichtigen Unternehmer doch ungleich günstigeren Fabrikhaftpflichtgesetz eine solche Anrechnung nur unter gewissen Voraussetzungen gestattet ist (vgl. Art. 9 desselben und ferner das Urteil des Bundesgerichts i. S. Gerber c. Centralbahn, Amtl. Sammlg Bd X, S. 136 ff.). (Entsch. v. 28. Januar 1897 i. S. Hinterlassene de Cillia c. S. C. B.)

---

**69.** *Bundesgesetz betr. die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrt-Unternehmungen vom 1. Juli 1875, Art. 2. Einrede des eigenen Verschuldens bei Beschädigungen durch den Betrieb von Strassenbahnen.*

Es ist nicht zu verkennen, dass der Betrieb einer Strassenbahn mit gewissen besondern Gefahren für das Publikum verbunden ist. Da die Fahrbahn vom letztern betreten werden darf, so ist die Möglichkeit einer Kollision mit den darauf rollenden Fahrzeugen erheblich gesteigert, und zwar umsomehr, je verkehrsreicher und enger die Strassen sind, über welche die Bahn fährt. Bei elektrischem Betriebe ist die Gefahr auch deshalb noch eine erhöhte, weil die verwendete Kraft einerseits eine grosse Fahrgeschwindigkeit gestattet, andrerseits in einer Weise wirkt, die es mit sich bringt, dass die Fortbewegung der Wagen in der Regel ohne charakteristisches,

ja überhaupt ohne erhebliches Geräusch vor sich geht. Diese Erwägungen führen dazu, dass bei Beantwortung der Frage, ob ein beim Betrieb einer elektrischen Strassenbahn erfolgter Unfall auf Rechnung der Betriebsgefahr zu setzen sei, ein etwas anderer Massstab angelegt werden muss, als bei Unfällen, die sich beim Betriebe einer eigentlichen Eisenbahn ereignet haben. Und zwar werden insbesondere bei der Prüfung der Einrede des Selbstverschuldens die besondern Verhältnisse der Trambahnen berücksichtigt werden müssen, zumal da, wo dieselbe daraus hergeleitet wird, dass der Verunglückte die Fahrbahn nicht hätte betreten sollen. Dies ist ja an sich nicht verboten, und so wird darin ein schuldhaftes Verhalten des Verunglückten nur erblickt werden können, wenn dieser sich in besonders unbedachter und leichtfertiger Weise in den Bereich der Gefahr, die er erkennen konnte oder musste, begeben hat, oder wenn er, während er sich darin befindet, nicht auch nur die allgemein übliche Vorsicht beobachtete. Dabei wird auch der Umstand, dass das Herannahen des Zuges durch Warnungssignale angezeigt wird, nicht zu sehr ins Gewicht fallen dürfen. Denn gar leicht werden solche Signale ob dem übrigen Lärm auf der Strasse, oder wohl auch weil man sich daran gewöhnt, überhört. Ueberhaupt bringt der Umstand, dass man den Betrieb mit seinen Gefahren stetsfort vor Augen hat, in Verbindung mit der Erwägung, dass für die Verhütung von Unfällen die Unternehmung genügende Vorsorge getroffen habe, eine gewisse Sorglosigkeit mit sich, die psychologisch erklärlich ist und aus der menschlichen Natur mit Notwendigkeit sich ergiebt. Es tritt allgemein eine etwelche Abstumpfung gegen die Gefahr ein, die an sich dem Publikum nicht zur Schuld angerechnet werden kann, und es wird deshalb nicht jede Unachtsamkeit, jedes Ueberhören der Signale durch einen Verunglückten mit Fug dem aus dem Unfall hergeleiteten Haftpflichtanspruch als Befreiungsgrund entgegengehalten werden dürfen. Vielmehr wird nach allen Umständen zu beurteilen sein, ob der Verunglückte dasjenige Mass von Vorsicht angewendet habe, das jedermann zuzumuten ist. In Anwendung dieser Grundsätze wurde im vorliegenden Falle die Klage abgewiesen, weil der Verletzte geradezu blindlings in den ihm entgegenfahrenden Wagen der Strassenbahn hineingelaufen sei. (Entsch. v. 10. Febr. 1897 i. S. Wernli c. Verwaltung der Basler Strassenbahnen.)

---

70. *Bundesgesetz betr. die Erfindungspatente vom 29. Juni 1888, Art. 10 und 28. Sofern die Erfindung nicht eine unteilbare Einheit bildet, kann auch auf bloss teilweise Nichtigkeit des Patents erkannt werden. Vernichtung der nachgeahmten Gegenstände.*

1. La loi fédérale sur les brevets d'invention du 29 juin 1888, revisée le 13 mars 1893, ne prévoit pas, il est vrai, l'annulation partielle du brevet, mais elle ne renferme non plus aucune disposition de laquelle il résulte que le législateur aurait entendu exclure une telle mesure. L'ancienne loi allemande de 1877 était également muette sur ce point et néanmoins la jurisprudence avait admis qu'un brevet pouvait être annulé partiellement à moins que l'invention n'apparût comme un tout indivisible. Il y a lieu, en vue d'une protection égale des droits des inventeurs, d'en décider de même sous l'empire de la loi suisse.

2. La loi ne dit pas expressément que les tribunaux devront ou pourront ordonner la destruction des objets contrefaits. Elle se borne à dire à l'art. 28 qu'ils pourront en ordonner la confiscation à compte des dommages-intérêts et des amendes. Néanmoins la destruction des objets contrefaits apparaît comme la conséquence légale et logique du fait qu'ils ont une origine illicite et contraire au droit du propriétaire du brevet. La confiscation n'est qu'une mesure exceptionnelle que les tribunaux peuvent ordonner lorsqu'elle paraît justifiée par les circonstances. Dans l'espèce rien ne la justifie et au surplus elle n'a pas été demandée. Il y a donc lieu d'ordonner la saisie et la destruction de la partie contrefaite des outils fabriqués en conformité du brevet partiellement annulé. (Entsch. v. 5. März 1897 i. S. Gros-Léziat c. Dupuis fréres.)

---

71. *Bundesgesetz betr. den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken vom 26. September 1890, Art. 6. Entscheidende Bedeutung der auch zur Verwendung als selbständige Wortmarke geeigneten sprachlichen Bestandteile einer kombinierten Marke für die Frage der täuschenden Aehnlichkeit.*

Am 25. Mai 1891 deponierten die Kläger, Zigarrenfabrikanten in M., Kanton Aargau, beim eidgenössischen Amt für geistiges Eigentum eine zur Bezeichnung von „Zigarren deutscher Façon“ bestimmte Marke, welche das Wort „Telephon“ und daneben verschiedene figurative Bestandteile enthält. Der Beklagte bediente sich für eine gleiche Zigarrensorte verschiedener Etiketten, welche ebenfalls das Wort „Telephon,“

daneben aber figurative Bestandteile enthalten, welche von denjenigen des geschützten klägerischen Zeichens wesentlich abweichen. Das Bundesgericht hat die beklagtischen Etiketten als unzulässige Nachahmung des klägerischen Zeichens erklärt, indem es grundsätzlich ausführte:

Wie das Bundesgericht in Sachen Grézier c. Bonnet & Cie ausgesprochen hat (s. Revue des Bundescivilrechts, Band XV, Nr. 11), entscheidet allerdings in der Regel darüber, ob zwei Marken täuschend ähnlich seien, deren Gesamtbild; wenn indess feststeht, dass das kaufende Publikum vorwiegend bloss auf einzelne, wesentliche und charakteristische Merkmale einer Marke Gewicht legt, so muss hierauf bei der Entscheidung Rücksicht genommen werden. Bei kombinierten d. h. aus sprachlichen und aus figurativen Bestandteilen bestehenden Marken nun ist betreffend die sprachlichen Bestandteile zu unterscheiden zwischen solchen Worten, welche auch zu selbständiger Verwendung als Wortmarke, zur Benennung, zur Herkunftsbezeichnung einer Ware geeignet sind, und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist. Während die sprachlichen Bestandteile letzterer Art gleichwie die figurativen Marken nur als Bild wirken und nur als solches, in Verbindung mit den figurativen Bestandteilen geschützt werden, verhält es sich mit der Wortmarke und den Benennungen anders; sie gehören der Sprache an und geniessen den sprachlichen Schutz; durch die Sprache, durch das Ohr, prägen sich diese Marken dem Gedächtnisse des Abnehmers der damit versehenen Ware ein; das Wort erscheint daher hier als dasjenige, worauf der Abnehmer in erster Linie achtet; er bestellt die Ware mit ihrem Namen; dieser ist also gerade das wesentliche und charakteristische an einer derartigen Marke, während die figurativen Bestandteile nur dekoratives Beiwerk bilden und im Gedächtnis des Abnehmers nicht haften bleiben. (Vgl. Kohler in der Zeitschrift für gewerbl. Rechtsschutz, Jahrgang II, S. 7 ff.) Von diesem Standpunkte aus nun erscheint in concreto der Name „Telephon“ als das wesentliche und charakteristische an der Marke der Kläger; die figurativen Bestandteile sind schmückendes Beiwerk, auf das die Kunden nicht achten; der Name „Telephon“ dagegen bleibt ihnen im Gedächtnis; er ist gleichsam das Schlagwort, unter dem die Zigarren in den Handel gebracht werden. (Entsch. v. 9. April 1897 i. S. Eichenberger & Cie c. Liewen.)

---

72. *Art. 17, 198, 206, 242, 250, 260, 265 des Bundesgesetzes betr. Schuldbetr. und Konk.*

1. Art. 198 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes bezieht sich nur auf Vermögensstücke, welche dem Konkursiten gehören, nicht auf solche, welche im Eigentum Dritter stehen und für eine Schuld des Konkursiten verpfändet worden sind.

2. Die Spezialexekution gegen einen falliten Schuldner ist nur insoweit unzulässig, als sie sich gegen Vermögensstücke richtet, welche zur Konkursmasse gehören, und welche daher die Konkursverwaltung zu realisieren hat. Art. 206 und 265 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes sind somit auf die Betreibung behufs Verwertung von Pfandsachen, welche für Schulden des Konkursiten haften, aber Dritten gehören, nicht anwendbar. Obschon in solchen Fällen die Betreibung gegen den Schuldner gerichtet werden muss, ist sie doch trotz Konkurses des Letztern jederzeit statthaft.

3. Art. 250 Abs. 2 a. E. des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes bezieht sich nur auf Forderungen, welche von der Konkursverwaltung im Kollokationsplane zugelassen worden sind, nicht auf Eigentumsansprachen Dritter. Auf solche bezieht sich nicht Art. 250, sondern Art. 242 leg. cit. Gegen die Anerkennung solcher Ansprachen durch die Konkursverwaltung ist eine Beschwerde an die Aufsichtsbehörden nach Art. 17 leg. cit. nicht statthaft, dagegen kann ein Gläubiger, welcher dieselben zu bestreiten gedenkt, gemäss Art. 260 leg. cit. die Abtretung der Rechte der Masse verlangen. (Entsch. v. 26. März 1897 i. S. Cusin c. Eidgen. Bank.)

---

73. *Art. 288 des B. G. betr. Schuldbetr. und Konk. Anfechtbarkeit von Abtretungen, welche der Ehemann zur Sicherstellung des Frauenguts in Erfüllung einer kantonalgesetzlichen Verpflichtung vorgenommen hat.*

J. H. in Luzern war durch Beschluss des Waisenamtes M. vom 7. März 1895, gestützt auf § 18 des kantonalen Gesetzes betr. die eheliche Vormundschaft, verhalten worden, seiner Ehefrau ihr gefährdetes Frauenvermögen durch Abtretung seines Anteils an Nutzniessungsguthaben seiner Mutter im Werte von Fr. 3333.33 (teilweise) zurückzuerstatten. J. H. unterzeichnete am 7. März 1895 eine sachbezügliche Abtretungsurkunde. Diese Abtretung wurde von den Klägern, welche gegen J. H. für Forderungen von ca. Fr. 450 einen

provisorischen Verlustschein erhalten hatten, gestützt auf Art. 285 ff. des Bundesgesetzes über Schuldbetr. und Konk. angefochten. Die Klage wurde von allen Instanzen gutgeheissen. In der bundesgerichtlichen Entscheidung wird zunächst ausgeführt, es könne kein Zweifel darüber bestehen, dass die Abtretung vom 7. März 1895 einzig zu dem Zweck stattgefunden habe, die beklagte Ehefrau vor den übrigen Gläubigern des Ehemannes zu begünstigen, und dass auch die Beklagte sich dessen bewusst gewesen sei. Sodann wird bemerkt:

Damit ist aber die Anfechtbarkeit der Abtretung nach Art. 288 des Sch. u. K. G. gegeben. Denn Art. 288 cit. erklärt schlechthin alle Rechtshandlungen als anfechtbar, welche der Schuldner in der dem andern Teile erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen. Rechtshandlungen des Schuldners, bei welchen diese Voraussetzungen zutreffen, werden nach dem bestimmten Wortlaute des genannten Artikels ohne Ausnahme als anfechtbar erklärt. Sofern die Sicherstellung des Frauengutes durch den Ehemann in der dem andern Teile erkennbaren Absicht erfolgt ist, seine Gläubiger zu benachteiligen, oder die Ehefrau zum Nachteile der andern Gläubiger zu begünstigen, liegt daher ein nach Art. 288 cit. anfechtbares Rechtsgeschäft vor, selbst dann, wenn der Ehemann zur Sicherstellung gesetzlich verpflichtet ist. (Entsch. v. 30. Januar 1897 i. S. S. Herzog c. Gebr. Buholzer.)

---

74. *Exekution von Steuerforderungen. Betreibungsort. Art. 43, 80, 46 Abs. 1 B.-Ges. über Sch. und K.*

Der in Basel domizilierte Pferdehändler Ph. Bloch hat in der Gemeinde Birsfelden (Basellandschaft) vier Ställe für Unterbringung eines Teils seiner Pferde gemietet und ist infolgedessen in Baselland mit Staats- und Gemeindesteuern belegt worden. Am 2. Januar 1897 erliess das Betreibungsamt Arlesheim auf Begehren des Gemeinderats von Birsfelden an Bloch für rückständige Steuern im Betrage von Fr. 198. 50 einen Zahlungsbefehl, der dem Schuldner durch die Post in Birsfelden zugestellt wurde. Einen Rechtsvorschlag hiegegen wies der Bezirksgerichtspräsident in Arlesheim ab. Darauf beschwerte sich Bloch bei der kantonalen Aufsichtsbehörde von Baselland gegen das Betreibungsamt, weil dieses zur Betreibung nicht zuständig gewesen sei, und auf Abweisung

der Beschwerde gelangte er mit einem Rekurs an das Bundesgericht. Dieses (Schuldbetr.- und Konk.-Kammer) hat den Rekurs abgewiesen, aus folgenden Gründen:

Zwar gehen die Erwägungsgründe, die dem die Frage lösenden Entscheide der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer i. S. der Aktienmühle Basel und Augst vom 3. März 1896 (a. S. XXII S. 330 ff.) beigegeben sind, zu weit, wenn sie sagen, die Zwangsvollstreckung öffentlich-rechtlicher Ansprüche sei Sache des kantonalen Rechts. Es ist im Gegenteil festzustellen, dass auch für solche Ansprüche grundsätzlich die Bestimmungen des B.-Ges. über Sch. und K. und zwar als eidg. Recht gelten. Dass dem Bunde die verfassungsmässige Befugnis, auch die Zwangsvollstreckung öffentlich-rechtlicher Forderungen einheitlich zu ordnen, zustand, ergiebt sich daraus, dass demselben in Art. 64 Abs. 5 der B. V. die Gesetzgebung über das Betreibungsverfahren und das Konkursrecht ohne allen Vorbehalt zugewiesen wurde, in Verbindung damit, dass auch vorher wohl in den meisten Kantonen die Zwangsvollstreckung öffentlich-rechtlicher Ansprüche, im allgemeinen wenigstens, im gleichen Verfahren zu suchen war, wie die von privatrechtlichen Ansprüchen. Dass der eidgenössische Gesetzgeber dieses Gebiet durch das B.-Ges. über Sch. und K. auch wirklich vereinheitlichen wollte, ergiebt sich schon daraus, dass in Art. 43 die Art der Betreibung für derartige Forderungen bestimmt und dass derselben bei der Normierung des Rechtsöffnungsverfahrens in Art. 80 Abs. 2 besonders gedacht ist, wie denn auch der für das sachliche Geltungsgebiet des Betreibungsgesetzes im allgemeinen massgebende Art. 38 desselben den Weg der Schuldbetreibung ohne Einschränkung für alle Zwangsvollstreckungen vorschreibt, die auf eine Geldzahlung oder eine Sicherheitsleistung gerichtet sind.

Nichtsdestoweniger ist daran festzuhalten, dass Art. 46, Abs. 1 des Betreibungsgesetzes, wo als ordentlicher Betreibungsort der Wohnsitz des Schuldners bezeichnet ist, für Forderungen öffentlich-rechtlicher Natur nicht gilt, soweit es sich wenigstens um interkantonale Verhältnisse, d. h. um Forderungen eines Kantons oder einer Gemeinde an einen ausserhalb des betreffenden Kantons domizilierten Schuldner handelt. Zwar spricht die allgemeine Fassung der Bestimmung gegen die Zulassung einer derartigen Ausnahme. Der an sich klare Wortlaut einer Gesetzesvorschrift kann jedoch für deren Auslegung dann nicht ohne weiteres massgebend sein, wenn sich nach Mitgabe anderer Vorschriften des nämlichen Gesetzes, in die sich eine einzelne Bestimmung doch organisch einfügen

muss, daraus Konsequenzen ergeben würden, die mit dem Zwecke des Gesetzes oder mit den Anforderungen einer geordneten Rechtspflege überhaupt im Widerspruche stehen. Dies trifft aber hier zu. Da nämlich nach Art. 80, Abs. 2 gestützt auf die über öffentlich-rechtliche Verpflichtungen (Steuern u. s. f.) ergangenen Beschlüsse und Entscheide der Verwaltungsorgane nur innerhalb des Kantonsgebietes, in dem sie erlassen worden sind, Rechtsöffnung verlangt werden kann, so würde eine derartige Forderung gegenüber einem nicht im Kanton domizilierten Schuldner, der dieselbe bestreiten würde, wenn nicht immer, so doch sehr oft überhaupt nicht zur Exekution gebracht werden können, wenn diese am Wohnsitze des Schuldners nachgesucht werden müsste. Denn den Rechtsvorschlag durch Rechtsöffnung zu beseitigen wäre dem Gläubiger nach der cit. Bestimmung in Art. 80, Abs. 2 des Betr.-Ges. verwehrt, und der — vom Rekurrenten empfohlene — Ausweg, die Forderung im gewöhnlichen Civilprozesswege zur Anerkennung zu bringen, wird, in der Regel wenigstens, bloss bis zu einer Inkompetenzerklärung der Civil-(oder Administrativ-)Behörden des Wohnsitzkantons führen. Die Konsequenz, dass solche Forderungen einem nicht im Kanton domizilierten renitenten Schuldner gegenüber überhaupt nicht exequiert werden könnten, lässt sich nur vermeiden, und ein Einklang zwischen den Vorschriften des Art. 46, Abs. 1 und Art. 80, Abs. 2 Betreibungsgesetzes wird nur erzielt, wenn angenommen wird, dass sich die erstere Bestimmung auf die Eintreibung von derartigen Forderungen gegenüber einem ausserhalb des Kantons domizilierten Schuldner überhaupt nicht beziehe. Unläugbar stehen dem gewisse Bedenken entgegen: namentlich wird dadurch eine Ausnahme von dem sonst im Gesetze im allgemeinen zur Anwendung gebrachten Grundsatze der Einheitlichkeit des Verfahrens geschaffen. Andrerseits aber kann für die Richtigkeit derselben auf die Genesis der Bestimmung in Art. 46, Abs. 1 verwiesen werden. Letztere lautete im bundesrätlichen Entwurfe vom 23. Februar 1886 (Art. 55, Abs. 1): „Für persönliche Ansprachen an einen aufrecht stehenden, in der Schweiz wohnenden Schuldner ist das Betreibungsbegehren beim Betreibungsamte des Wohnortes des Schuldners anzubringen.“ Die Anlehnung an Art. 59 B. V. springt in die Augen. Man wollte also im Betreibungsgesetze den Gerichtsstand des Wohnortes des Schuldners für die Eintreibung von Forderungen in gleichem Umfange festsetzen, wie er in der B. V. bereits statuiert war. Und der Bundesrat erklärte dann auch in seiner Botschaft zum Gesetzesentwurf (S. 60) diesbezüg-

lich: „Die Vorschriften über Gerichtsstand und Kompetenz (Art. 55 ff.) schliessen sich genau an das Bundesrecht und die bisherige staatsrechtliche Praxis der Bundesbehörden in diesem Gebiete an.“ Die bundesrechtliche Praxis ging nun aber und geht heute noch dahin, dass sich der Schuldner öffentlichrechtlicher Forderungen auf die in Art. 59 der B. V. ausgesprochene Garantie des Gerichtsstandes des Wohnsitzes nicht berufen könne, dass vielmehr ein jeder Kanton befugt sei, derartige Forderungen auf seinem Gebiete zur Anerkennung und zur Realisierung zu bringen (vgl. z. B. Bundesgerichtl. Entsch. i. S. Holliger, a. S. X S. 458, i. S. Siegwart, a. S. XVII S. 364 und i. S. Meyer, a. S. XVIII S. 28). Bezieht sich aber darnach Art. 59 B. V. nur auf privatrechtliche Forderungen, so konnte auch dem daran sich anschliessenden Art. 55, Abs. 1 des bundesrätlichen Entwurfes zum Betreibungsgesetze eine weitergehende Bedeutung nicht beigemessen werden wollen. Allerdings ist nun die ursprüngliche Fassung des Art. 55 nicht beibehalten, sondern es ist ihm eine allgemeine, mit Art. 59 B. V. sich nicht mehr deckende Redaktion gegeben worden. Allein der Grund der Aenderung lag nicht in der Absicht, der Bestimmung einen weiteren Inhalt zu verleihen, sondern in dem Bestreben, die Ausdrucksweise klarer zu gestalten (s. das gedruckte Protokoll der ständerätlichen Kommission S. 70). Um so unbedenklicher darf nach diesen Vorgängen erklärt werden, dass Art. 46 Abs. 1 des Betreibungsgesetzes auf die Eintreibung öffentlich-rechtlicher Forderungen gegenüber einem ausserhalb des Kantons domizilierten Schuldner nicht zutreffe, und dass diese Bestimmung nicht verletzt ist, wenn für eine derartige Forderung die Betreibung in dem Kanton, wo sie entstanden ist, angehoben wird. (Entsch. v. 16. März 1897 i. S. Philipp Bloch.)

---

## B. Entscheide kantonaler Gerichte.

---

75. *Vente d'un cheval morveux. Preuve testimoniale aux fins d'établir le dol du vendeur. Applicabilité du droit fédéral. Art. 24, 114 C. O.*

**Vaud.** Jugement du Tribunal cantonal du 13 avril 1897 d. l. c. Burnand c. Dutoit.

Burnand a actionné Dutoit et conclu à ce qu'il soit prononcé que le marché portant sur un cheval, passé entre lui

et Dutoit est résilié par le fait de ce dernier, et que Dutoit lui doit la somme de 403 fr. à titre de réparation du dommage direct qu'il lui a causé en lui vendant un cheval morveux, et 100 fr. de dommages-intérêts à raison de sa faute lourde et de son dol. Il offre à prouver que le défendeur savait, lors de la vente, que le cheval était morveux. Dutoit s'est opposé à cette preuve comme contraire à la loi Vaudoise de 1882 relative à la garantie des défauts du bétail vendu art. 3, à teneur duquel il n'y a, dans le commerce du bétail, d'autre garantie des défauts cachés des animaux vendus que celle qui est convenue par les parties et faite par écrit et signée par chacun des contractants. Le juge de première instance a écarté les preuves testimoniales, fondé sur l'article cité de la loi de 1882. Le Tribunal cantonal a admis le recours de Burnand contre ce jugement et écarté l'opposition de Dutoit aux preuves testimoniales.

Motifs: Considérant que l'art. 3 de la loi de 1882 règle uniquement ce qui concerne la garantie des défauts cachés, en ce sens que pour ces défauts il n'y a pas de garantie légale, et que la garantie conventionnelle doit être stipulée par écrit.

Que les défauts cachés sont d'ailleurs les défauts non visibles, ignorés des deux parties, et non ceux dont le vendeur aurait connaissance et qu'il a cachés ou laissé ignorer à l'acheteur.

Que les art. 24 et 114 C. O., qui traitent des conséquences du dol, sont pleinement applicables à tous les contrats mobiliers et notamment aux contrats de vente de bétail.

Que d'autre part la législation Vaudoise relative au commerce du bétail ne déroge au droit commun, soit au Code civil et au Code de procédure civile, en matière de preuve, qu'en ce qui concerne la forme écrite exigée pour tout contrat de garantie des défauts cachés.

Qu'aucune convention de ce genre n'est alléguée en l'espèce.

Considérant, dès lors, que l'on ne saurait s'opposer à la preuve testimoniale de faits concrets destinés à établir qu'un marché de bétail est vicié par suite du dol d'un des contractants, dol ayant amené l'autre partie à contracter (art. 24 C. O.).

Considérant que le dol ne consiste pas seulement dans le fait de faire croire à autrui quelque chose qu'on sait ne pas être, de tromper directement son contractant, de l'induire volontairement en erreur, mais aussi dans le fait de lui laisser frauduleusement croire une chose qu'on sait ne pas être, ou ignorer une chose vraie, profitant ainsi intentionnellement de cette erreur ou de cette ignorance pour contracter avec lui, alors que sans cela il n'eût pas contracté.

Considérant qu'en l'espèce les faits dont Burnand demande à faire la preuve tendent à établir que Dutoit a agi avec dol, en ce qu'il savait que le cheval vendu était dans un état de santé tel que si Burnand eût connu cet état, il n'eût pas acheté.

Que, selon Burnand, le dol de Dutoit ressortira de l'ensemble de ces faits d'une façon telle que le demandeur puisse invoquer l'art. 24 C. O. (Journal des tribunaux, XLV p. 280 ss.)

---

**76.** *Schadenersatzklage wegen Verhängung einer Arbeitersperre. Art. 50 O. R.*

**Zürich.** Urteil der Appellationskammer des Obergerichts vom 23. Januar 1897 i. S. Denninger u. Cons. c. Kehl u. Cons.

Im Jahre 1887 gründeten schweizerische Glasermeister eine Genossenschalt unter dem Namen „Verband schweizerischer Glasermeister." Als eine Abteilung des „Gewerkschaftsbundes" besteht ferner seit einigen Jahren unter dem Namen „Glaserverband" eine Vereinigung von in der Schweiz beschäftigten Glaserarbeitern, zur Pflege ihrer Berufsinteressen. Nach der Behauptung des Gewerkschaftsbundes soll der genannte Meisterverband durch Vertrag vom Jahre 1888 oder 1889, der bis zum Frühjahr oder Sommer 1895 gedauert habe, sich verpflichtet haben, bei Bedarf von Arbeitern sich ausschliesslich an das vom Glaserverband gegründete Arbeitsnachweisbureau zu wenden. Im Juli 1895 erhielt letzterer Arbeiterverein davon Kenntnis, dass der „Glasermeisterverband" periodisch eine sog. „schwarze Liste" herausgebe und seinen Mitgliedern zustelle, d. h. ein Verzeichnis von entlassenen Arbeitern, vor deren Wiederanstellung aus irgend einem Grunde gewarnt werde. Mit Beschluss vom 5. September 1895 verlangte der Glaserverband von den Glasermeistern die Aufhebung dieser schwarzen Liste und Anerkennung des Arbeitsnachweisbureaus des Glaserverbandes als auschliesslichen Vermittlungsinstitutes. Als die zwischen den beiden Vorständen hierüber geführten Unterhandlungen resultatlos blieben, erschien in der „Arbeiterstimme" erstmals am 18. September 1895 und von da an in allen Nummern bis 27. Februar 1896 eine von den Mitgliedern des Bundeskomites des „Gewerkschaftsbundes" unterzeichnete Sperreverhängung, lautend: „Zuzug von Glasern nach Zürich ist fern zu halten." Diese Publikation gab drei Glasermeistern in Zürich Veranlassung, gegen die fünf Vorstandsmitglieder des Bundeskomites des Gewerkschaftsbundes mit einer Forderungsklage von Fr. 3000 aufzu-

treten, indem sie infolge der verhängten Sperre in ihren Geschäften einen Verdienstausfall erlitten, ferner Kunden verloren haben und endlich in ihren persönlichen Verhältnissen verletzt worden seien, wofür sie Genugthuung verlangen.

Das Bezirksgericht Zürich II. Abt. wies die Klage ab, da von einer ernstlichen Verletzung persönlicher Verhältnisse der Kläger nicht die Rede sein könne, und diese im übrigen weder einen Schaden noch den ursächlichen Zusammenhang eines solchen mit jener Sperre nachgewiesen haben. In letzterer Hinsicht müsse vielmehr angenommen werden, dass das Ausbleiben von Arbeitern bei den Klägern nicht sowohl die Folge der Sperre als vielmehr des wenige Tage nachher ausgebrochenen und bis Mitte Dezember 1895 andauernden allgemeinen Streikes der Glaserarbeiter gewesen sei.

Zweitinstanzlich ist dieses Urteil bestätigt worden; bemerkenswert sind hiebei noch folgende Gründe:

Das Verhalten der Beklagten entbehrt des Requisites der Widerrechtlichkeit (Art. 50 O. R.). Unzweifelhaft ging die Absicht der Beklagten bei Erlass der fraglichen Publikation in erster Linie dahin, die Kläger zur Aufhebung der sog. schwarzen Liste und zur weiteren Anerkennung und Benutzung des durch sie geschaffenen Arbeitsnachweisbureaus zu veranlassen bezw. zu zwingen. Dieser Zweck sollte u. a. dadurch erreicht werden, dass Arbeitskräfte ferne gehalten und die Glaser in der Arbeiterstimme aufgefordert wurden, nicht in Zürich Arbeit zu suchen. In der Allgemeinheit, wie diese Aufforderung erlassen wurde: „Zuzug von Glasern ist fern zu halten," stellt sich das Vorgehen des sog. Bundeskomites, dem es obliegt, im Interessen- und Lohnkampf — und zu einem solchen bildete die schwarze Liste und der Streit wegen des Arbeitsnachweisbureaus jedenfalls die Einleitung, — die Interessen der Arbeiter gegenüber den Arbeitgebern zu vertreten und zu wahren, lediglich als ein überall gebräuchliches und auch erlaubtes Kampfmittel dar.

Dafür, dass irgend ein Zwang auf die Arbeiter ausgeübt worden sei, liegt nichts vor, und die Beklagten, als Mitglieder des Bundeskomites wären wohl auch nicht in der Lage gewesen, dies zu thun. Allerdings ist vorgebracht worden, es habe zum Schutz der bedrohten Meister oder derjenigen Arbeiter, die trotz Aufforderung die Arbeit nicht niedergelegt hätten, Polizei angerufen werden müssen. Es muss aber auseinander gehalten werden, was vor und was während des Glaserstreiks gegangen ist. Das Verhalten der Beklagten, soweit es Gegenstand der vorwürfigen Klage bildet, war offen-

bar nicht geeignet, polizeiliches Einschreiten zu veranlassen, und wenn solches vorgekommen ist, so geschah es unzweifelhaft während des Streiks. Mit Recht hat nun aber schon die erste Instanz darauf hingewiesen, dass die Beklagten für die Vorgänge aus dem Streike nicht ohne weiteres verantwortlich gemacht werden können.

Die Publikation war auch nicht gegen eine bestimmte Person gerichtet, und mit demselben Recht hätten die sämtlichen Glasermeister von Zürich gegen sie auftreten und die Beklagten belangen können. Es liegt in dem Vorgehen der Beklagten weder ein Angriff auf die allgemeine Rechtsordnung noch gegen irgend ein individuelles Recht, und es kann daher gegen dasselbe auch nicht auf dem Wege der Rechtsverfolgung aufgetreten werden.

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch., XVI S. 136 f.)

---

### 77. *Dommages-intérêts. Propos diffamatoires. Art. 50 C. O.*

**Genève.** Jugement de la Cour de justice civile du 24 avril 1897 d. l. c. Cailler c. Alvarez.

Cailler, ancien employé de la maison Honorat établie à Genève, et ayant des succursales à Ambilly, Sallenches et Thônes, a assigné Alvarez, gérant de la maison Honorat à Genève, pour s'entendre condamner à lui payer 300 fr. à titre de dommages-intérêts pour avoir tenu, sur le compte du demandeur, des propos diffamatoires, et lui avoir ainsi, sans droit, causé un préjudice. Il a été établi qu'avant de quitter le service d'Alvarez, soit de la maison Honorat, Cailler a annoncé à plusieurs personnes son intention de dénoncer cette maison à la régie française, comme commettant des fraudes au préjudice du fisc; qu'à d'autres personnes Cailler a annoncé qu'il venait effectivement de dénoncer Alvarez à la régie française; que peu de jours après, la régie fit, à deux reprises, opérer des perquisitions dans l'une des succursales de la France, perquisitions qui furent, du reste, sans résultat; ces faits, rapprochés des propos tenus par Cailler, ont fait naître dans l'esprit du public et dans celui d'Alvarez lui-même la conviction que Cailler avait bien réellement joué le rôle de dénonciateur, et Alvarez s'est prononcé dans ce sens.

Le tribunal de première instance a condamné Alvarez à cent francs de dommages-intérêts, mais la Cour a réformé ce jugement et débouté le demandeur de sa demande.

Motifs: Considérant que les propos reprochés aujourd'hui par C. à A. ont consisté à répéter ce que C. avait dit lui-même,

à savoir que lui, C., avait fait contre A., ou contre la maison Honorat, une dénonciation auprès du fisc français pour de prétendues fraudes;

Considérant qu'après les propos tenus par lui-même, C. est mal venu à faire grief à A. de les avoir répétés;

Que si le bruit qui a été fait autour de cette affaire lui a causé quelque préjudice, il ne doit s'en prendre qu'à lui-même et à ses propres agissements;

Considérant qu'Alvarez, en se plaignant des propos tenus par Cailler, et du préjudice que ces propos ont dû causer à sa maison et à lui-même, n'a point agi sans droit; qu'il n'a commis aucun acte illicite de nature à engager sa responsabilité aux termes des art. 50 ss. C. O.

(La Semaine judiciaire, XIX p. 348 s.)

---

78. *Wechselrecht oder Civilrecht? Klage aus dem ursprünglichen Rechtsverhältnis bei Verjährung eines ausgestellten Wechsels. Vergl. Art. 813 O. R.*

**Baselstadt.** Urteil des Appellationsgerichts vom 12. April 1897 i. S. Preiswerk Söhne c. C. Siegrist.

Am 15. Oktober 1864 geriet das hiesige Bankgeschäft Siegrist Fender & Cie in Konkurs und damit war nach damaligem Basler Rechte auch der Konkurs der beiden unbeschränkt haftenden Theilhaber Rudolf Siegrist und Wilhelm Fender verbunden. Die Firma Emanuel Preiswerk, Rechtsvorgängerin der Firma Preiswerk Söhne, meldete in diesem Konkurse eine Forderung von Fr. 5013 an, und zwar laut Eingabeprotokoll „für retournierte Wechsel auf Kohn Reinach & Cie in Paris," und wurde für diesen Betrag in der Kollokation admittiert. Weder die Eingabe noch der Wechsel finden sich jetzt noch vor. Nach der Behauptung von Preiswerk Söhne, die auch durch die Akten in allem Wesentlichen bestätigt wurde, hat es sich um eine Tratte im Betrag von Fr. 5000 gehandelt, die von Siegrist Fender & Cie auf Kohn Reinach & Cie gezogen, am 26. September 1864 von Emanuel Preiswerk bei Siegrist Fender & Cie gegen Bezahlung von Fr. 4912. 15 gekauft und infolge verweigerten Acceptes seitens des Bezogenen mit Protest aus Paris zurückgekommen war. In der Kollokation ergab sich für Preiswerk ein Verlust von Fr. 1447. 90. — Den Kindern des im Jahre 1889 in Argentinien verstorbenen Rudolf Siegrist, die daselbst seine Erbschaft angetreten hatten, fiel 1895 eine bedeutende Erbschaft seitens der Eheleute Siegrist-Gubler zu. Preiswerk Söhne erwirkten auf dieselbe

einen Arrest für Deckung ihres Konkursverlustes und erhoben dann vor dem Arrestgerichte Klage auf Zahlung. Die Kinder Siegrist bestritten die Forderung teils weil sie die Erbschaft ihres Vaters hier in Basel nie angetreten hätten, teils weil den Klägern aus dem Wechsel von Fr. 5000 keinerlei wechselrechtliche oder sonstige Ansprüche gegen die Beklagten zustehen, indem sie versäumt hätten, ihre Ansprüche auf die seiner Zeit bei dem Bezogenen vorhandene Deckung geltend zu machen, den Wechsel selbst nicht mehr besitzen, und es deshalb nicht ausgeschlossen sei, dass ihn der Rechtsvorgänger der Kläger nach dem Konkurse noch verwertet habe, und endlich neben der wechselrechtlichen Forderung eine sonstige Forderung überhaupt nie bestanden habe.

Wir beschränken uns hier auf diesen letzteren Punkt. Die erste Instanz äusserte sich darüber folgendermassen:

Die Parteien streiten darüber, ob die Forderung einzig und allein als Wechselforderung zu betrachten sei, oder aber ob sie auf ein dem Wechsel zu Grunde liegendes sonstiges civilrechtliches Verhältnis gestützt und ohne den Wechsel geltend gemacht werden könne. Die Klagpartei behauptet das Letztere.

Der Umstand nun, dass nach dem Ausbruche des Konkurses von der Massakuratel für die Forderung des Emanuel Preiswerk ein besonderes Kontokorrent-Folio in den Büchern der Konkursverwaltung (bezw. der Firma Siegrist Fender & Cie in Liquidation) eingerichtet, und dort der admittierte Betrag gutgeschrieben wurde, macht die ursprüngliche Wechselforderung nicht zu einer Kontokorrentforderung.

Auch die von den Klägern für sich beanspruchte Haftung der falliten Bankfirma als Wechselverkäufers gemäss den allgemeinen Grundsätzen über die Währschaft des Verkäufers, kann hier nicht herbeigezogen werden, weil es sich nicht um einen Kauf im gewöhnlichen Sinne, sondern um Begebung und Erwerbung eines Wechsels handelt, worüber die Rechtsordnung besondere, im Wechselrecht niedergelegte Regeln über die Währschaft aufgestellt hat, so dass in unserem Falle für ein gewöhnliches obligatorisches Verhältnis zwischen Aussteller und Wechselnehmer kein Raum mehr bleibt.

Es erübrigt daher nur noch, die von den Klägern in letzter Linie geltend gemachte Bereicherungsklage zu prüfen. Eine Bereicherung würde darin liegen, dass die fallite Firma den von Emanuel Preiswerk für den Wechsel einbezahlten Betrag empfangen hätte, ohne dass durch sie der entsprechende Betrag ausbezahlt worden wäre. Aber auch die Be-

reicherungsklage setzt nach der für unsern Fall massgebenden kantonalen Wechselordnung von 1863 (vergl. § 87 Abs. 2 daselbst und pag. 154—157 der Motive zum Entwurfe einer schweizerischen Wechsel-Ordnung von Burckhardt-Fürstenberger) gleichwie nach heutigem Rechte (vergl. Art. 813 O. R. und Anmerkung 6[a] zu diesem Artikel in Hafners Kommentar von 1883 und Anmerkung 2 zu Art. 736 ebenda) auf Seiten des Klägers den Besitz des Wechsels voraus. Die Kläger geben nun aber selbst zu, dass der Wechsel verloren gegangen sei, und behaupten selbst nicht, denselben jemals durch gerichtliche Amortisation entkräftet zu haben. Der Bereicherungsklage kann daher aus diesem Grunde keine weitere Folge gegeben werden, und es ist nicht nötig, auf die weitern von den Beklagten erhobenen Einreden einzutreten.

Die zweite Instanz hat sich in einem entgegengesetzten Sinne ausgesprochen:

Der Klaganspruch ist keine Wechselregressklage, er hat überhaupt mit dem Wechselrecht nichts zu thun, sondern er geht auf Rückerstattung dessen, was klägerischerseits bei Siegrist Fender & Cie behufs Erzielung einer Zahlung in Paris eingezahlt worden ist. Der von Siegrist Fender & Cie ausgestellte Wechsel hat mit dem Momente, wo er wieder in die Hand der Konkursverwaltung gelangt ist, seine Bedeutung verloren. Dass der Wechsel an die Masse zurückgelangt ist, und dass diese die Deckung in Paris zurückgezogen hat, ist unbestreitbar. Auch abgesehen davon wäre der Wechsel, der kein früheres Indossament und kein Accept erhalten, heute ein wertloses Papier, so dass die Anzweifelung der Rückkehr des Wechsels in die Hand der Konkursverwaltung bedeutungslos ist. Unabhängig von der Wechselforderung besteht die Civilklage, die sich darauf gründet, dass laut Eintrag der Firma Siegrist Fender & Cie in ihrem Kassabuch (kl. Einlage Nr. 13) Fol. 122 die Klagpartei am 26. Sept. 1864 Fr. 4912. 15 behufs Zahlungsleistung in Paris eingezahlt hat, dass die betr. Firma diese ihre übernommene Verpflichtung nicht erfüllt hat, und dass die Konkursverwaltung infolge davon die Klagpartei für ihr Guthaben als Kreditorin anerkannt und teilweise befriedigt hat. Dass aus diesem Geschäftsverkehr eine Schuldverpflichtung der beklagten Partei hervorgehe, hat dieselbe im Grund nur damit bestreiten wollen, dass Kläger selber den Verlust verschuldet haben, weil sie nicht auf Herausgabe der bei dem Bankhause in Paris liegenden Deckung geklagt hätten. Dieser Einwand ist schon darum hinfällig, weil anerkanntermassen die Konkursverwal-

tung diese Deckung selbst zurückgezogen hat, sie ihr also nicht verloren gegangen ist, und die bezügliche Einrede somit durch die replicatio doli aus dem Felde geschlagen wird.

---

**79.** *Wechselrechtliche oder civilrechtliche Forderung? Novation letzterer durch Wechselausstellung? Art. 142 f. O. R.*

**Basellandschaft.** Urteil des Obergerichts von 1896 i. S. Steinbruchgesellschaft Ostermundingen c. Flury.

U. Flury schuldete der Steinbruchgesellschaft O. für Steinlieferungen Fr. 3100, wofür er ihr drei Eigenwechsel ausstellte; aber er löste keinen derselben bei Verfall ein und geriet in Konkurs. Die Gläubigerin gab im Konkurse ihre Forderung ein und zwar „laut Wechseln vom 25. Oktober 1881." Sie kam in der Kollokation vollständig zu Verlust. Später brachte sie in Erfahrung, dass Flury wieder Vermögen versteuere, und erhob deshalb gegen ihn zuerst Betreibung, dann Klage auf Zahlung dieser Schuld. Flury schützte die Einrede der Verjährung vor, indem er behauptete, er habe mit der Klägerin am 25. Oktober 1881 abgerechnet und den sich ergebenden Saldo in Wechsel umgewandelt; durch Ausstellung und Annahme dieser Wechsel sei die ursprüngliche Forderung aus den Steinlieferungen untergegangen und an deren Stelle eine neue Forderung, die Wechselforderung getreten; für diese gelte die wechselrechtliche dreijährige Verjährungsfrist, die 1885 geendet habe. Klägerin bestritt, dass durch die Wechselausstellung eine Novation stattgefunden habe. Beide Instanzen wiesen diese Einrede als unstatthaft aus dem Recht, das Obergericht mit folgenden Gründen:

Ueber Entstehung und Natur der klägerischen Forderung besteht kein Zweifel: sie stellt sich als Saldo eines unter den Parteien bestehenden Rechnungsverhältnisses dar, herrührend aus Steinlieferungen, die Klägerin dem Beklagten gemacht hatte; sie charakterisiert sich demnach ihrem Wesen nach nicht als Wechselforderung, sondern als Forderung aus den Steinlieferungen, und ist als solche auch in den Prozess eingeführt worden.

Dass am 25. Oktober 1881 zur Zeit der Ausstellung der Wechsel eine eigentliche Abrechnung unter den Parteien stattgefunden habe, deren Resultat in Wechsel umgewandelt worden sei, ist eine beweislose Behauptung des Beklagten. Nach Art. 143 O. R. wird eine Novation nicht vermutet, sondern es muss der Wille, sie zu bewirken, aus dem Geschäfte klar

hervorgehen. Dieser Wille resultiert nicht schon aus der Thatsache, dass Wechsel ausgestellt und an Zahlung einer bestehenden Schuld angenommen worden sind, sondern es bedarf dazu entweder einer ausdrücklichen, auf die Novation gerichteten Erklärung, eine neue Schuld an Stelle der alten einzugehen, oder es muss der Wille der Neuerung aus den begleitenden Umständen klar hervorgehen, was beides hier nicht vorliegt. Selbst die auffallende Erscheinung, dass die Eingabe in den Konkurs des Beklagten auf Grund der Wechselverpflichtung erfolgt war, genügt ohne das Hinzutreten weiterer Beweismomente nicht zur Annahme einer Novation. (Das Urteil ist bundesgerichtlich bestätigt worden, s. oben Nr. 61.)

(Amtsber. des Obergerichts des Kts Basellandschaft v. J. 1896, S. 35 ff.)

---

80. *Unfallhaftpflicht. Pflicht des Verletzten, sich einer Operation zur Verbesserung einer früheren nicht günstig verlaufenen zu unterwerfen.*

**Schaffhausen.** Urteil des Obergerichts von 1896.

Kläger erlitt im Jahre 1895 bei Ausübung seines Berufes auf der Dorsalseite seiner rechten Hand eine Verletzung. Es stellte sich heraus, dass ein scharfer Eisensplitter in die Hand eingedrungen war und dort eine Sehne zerschnitten hatte. Kläger wurde dann operiert, die zerschnittene Sehne wuchs wieder zusammen, die Hand konnte jedoch nicht mehr vollständig geschlossen werden; die Einbusse der Kraft wurde auf 50—60 Prozent taxiert. Die erste Instanz verfügte im Laufe des Prozesses die Einholung eines Obergutachtens von Prof. Dr. Kocher in Bern. In jenem Gutachten wird unter anderem ausgesprochen, dass es möglich erscheine, auf operativem Wege die Verwachsung der Sehne auf der Rückseite der Hand zu lösen und durch Transplantation die verkürzte Sehne zu verlängern. Durch einen gut geleiteten Eingriff könne der Erwerbsausfall binnen einigen Monaten auf 25 Prozent, binnen einem bis einigen Jahren auf 10 Prozent, wenn nicht auf 0 herabgemindert werden. Es sei dem Patienten ein derartiger Eingriff zu empfehlen, wenn nicht die Wiederaufnahme der Arbeit insofern ein günstigeres Ergebnis liefere, dass die Strecksehne rascher sich dehnen lasse als man zur Zeit hoffen dürfe. Die Operation sei eine ungefährliche und könne durch Benützung der Narkose zu einer schmerzlosen gestaltet werden.

Die Beklagtschaft verlangte vom Kläger, dass er sich dieser Nachtragsoperation unterziehen solle, und erklärte sich

tung die ...lichen Maximums die Haft-
nicht ve... ...ehmen zu wollen, während der
mit du... ...ein derartiges Begehren könne an

...Gerichtes konnte dem Antrage der be-
...Folge geben; es nahm den Standpunkt
...auch der operative Eingriff an sich vielleicht
...bezeichnet werden dürfe, doch etwaige Kom-
...eintreten könnten, die für den Kläger verhängnis-
...Es musste im Fernern auch berücksichtigt wer-
...dass Prof. Dr. Kocher in seinem Gutachten nur von der
...lichkeit eines Erfolges sprach, die Möglichkeit des Miss-
...lges schien demnach nicht ausgeschlossen. Der Richter
...nun, dass er beide Chancen des Ausganges zu berück-
...igen habe, und hat mit Rücksicht darauf den bekla-
...en Antrag abgewiesen.

(Amtsbericht des Obergerichts Schaffhausen für 1896, S 46 f

---

**...1. *Haftpflicht aus Gewerbebetrieb. Ist der Unfall ... durch den Betrieb des Gewerbes verursachter zu betrach-... B.-Ges. über Fabrikhaftpflicht Art. 2, 5a, 6a. B.-Ges. über ...erte Haftpflicht, Art. 1 Ziffer 2 d.***

**...t. Gallen.** Urteil des Kantonsgerichts vom 16./25. September 189...

...Die Ortsgemeinde Th. hat die Ausbeutung ihres ausge-...en, in der Waldregion des Berges gelegenen Steinbruch-...es seit Jahren in der Weise angeordnet, dass sie jähr-... meist im November, eine sog. Holzgant abhalten lässt. ...e die Bäume betrifft, mit denen der für die nächst-...e Steinbruchausbeutung in Aussicht genommene, oben ...der jeweiligen Ausbeutungsstellen sich hinziehende Boden-...n noch bewachsen ist. An der Holzgant vom 15. Novem-...895 ersteigerte H. zwei Abteilungen stehendes Holz über ...Steinbruche des B. Am 25. November fällten die Arbeiter ...I. in diesem Steigerungsloose eine Tanne, die hiebei ins ...n gegen den Steinbruch geriet, die Seile, die sie berg-... ziehen sollten, zerriss und im Herunterstürzen einen ...teinbruch beschäftigten Arbeiter des B. erschlug. Die ...H. wegen fahrlässiger Tötung durchgeführte Strafunter-...ng endete mit dessen Freisprechung, da für ein schuld-... Verhalten desselben keine hinlänglichen Anhaltspunkte ...gen. Die Hinterlassenen des Arbeiters klagten aber gegen ...e Entschädigung von Fr. 5612 ein. Der Beklagte ver-

langte Abweisung der Klage, weil der Unfall in keinem ursächlichen Zusammenhang mit dem Betrieb des Steinbruchs stehe, sondern durch eine dem Unternehmen des B. fernstehende Person verursacht worden sei, gleich wie wenn der Arbeiter etwa durch die Kugel eines ungeschickten Jägers getroffen worden wäre.

Das Kantonsgericht nahm die Haftpflicht des B. als begründet an.

Motive: Die Beantwortung der Frage, ob hier ein Unfall vorliege, auf welchen die Haftpflichtgesetze Anwendung finden, hängt einzig davon ab, ob der durch die Holzfällungsarbeiten des H., nicht in strafrechtlich schuldhafter Weise herbeigeführte Absturz der Tanne als ein Zufall zu betrachten sei, für dessen Folgen B. aufzukommen habe. — Diese Frage ist zu bejahen, wenn solche beim Fällen der Bäume oder durch Sturmwind verursachten Abstürze aus den oben anliegenden Waldstreifen zu den der Steinbrucharbeit in den unmittelbar untenliegenden Ausbeutungsstellen eigentümlichen Gefahren gezählt werden können, indem dann die durch solche Abstürze verursachten Unfälle als durch den regelmässigen Betrieb des an sich haftpflichtigen Steinbruchgewerbes, als durch die diesem nach seiner besondern Natur immanenten normalen Gefahren herbeigeführt, und daher als die unmittelbare Wirkung des Betriebes selbst angesehen werden können, und als Vorkommnisse, die, als mit den gewöhnlichen Bedingungen des Steinbruchbetriebes zusammenhängend, gewissermassen als ein normales Ergebnis der eigenartigen Gefährlichkeit dieses Betriebes gelten, gegen welche der Gesetzgeber den Schutz gerade so hat gewähren wollen, wie wenn der Unfall durch eine Steinbruchsmanipulation des Verunglückten selbst herbeigeführt worden wäre.

Hiervon ausgehend, kann die engwörtliche Auslegung des Art. 2 des Bundesgesetzes von 1881, dass der Unfall „durch den Betrieb“ der Fabrik, hier „durch den Betrieb“ des der Fabrikhaftpflicht unterstellten Steinbruchgewerbes, d. h. „durch“ eigentliche Steinbruchausbeutungs-Verrichtung des A. selbst oder eines seiner Nebenarbeiter verursacht sein müsse, was hier allerdings nicht zutreffen würde, zur Entlastung des B. nicht führen. B. hat vielmehr auch für den Unfall aufzukommen, der den A. zwar nicht durch seine, aber doch während seiner haftpflichtigen Arbeit betroffen hat, falls sich dieser Unfall auf einen solchen Zufall zurückführen lässt, der zu den dem Steinbruchgewerbe des B. eigentümlichen Gefahren gerechnet werden kann.

Es ist also zu entscheiden, ob die Handlung oder Unterlassung des H., wodurch die Verletzung herbeigeführt wurde, nicht als ein vereinzelter, gewöhnlicher Zufall erscheint (wie z. B. ein Fehlschuss eines Jägers), sondern als ein solcher Zufall, der zu den dem konkreten Steinbruchgewerbe, wie es dort seit Jahren betrieben wird, vermöge der örtlichen, zeitlichen und persönlichen Verumständungen anhaftenden Gefahren gehört.

Nun ist einleuchtend, dass die aus der innern Zusammengehörigkeit und aus der durch diese mitbedingten Gleichzeitigkeit der beiden örtlich so nahe bei einander geübten Betriebe (Holz- und Steinausbeutung) sich ergebende Gefährdung der Steinbrucharbeiter dadurch nicht gemindert oder gar beseitigt, sondern erhöht wird, dass die Waldarbeit der Leitung des Steinbruchunternehmers entrückt und der geschäftlichen Konvenienz des dem Haftpflichtgesetze nicht unterstellten Holzfällungsunternehmers anheimgegeben ist. Mit Rücksicht hierauf nimmt das Kantonsgericht keinen Anstand, den dem A. zugestossenen Unfall zu den Vorkommnissen zu zählen, die zu den, dem Steinbruchgewerbe des Beklagten vermöge der hier waltenden besondern örtlichen, sachlichen und persönlichen Verumständungen anhaftenden eigentümlichen Gefahren zu rechnen sind, — somit auch diesen Unfall in die Haftpflicht des B. einzubeziehen, wiewohl er nicht, wie die bloss wörtliche Auslegung der Haftpflichtgesetze es voraussetzen würde, durch die eigentliche Steinbrucharbeit des Verletzten selbst, oder eines seiner Nebenarbeiter herbeigeführt worden ist.

(Entsch. des Kantonsgerichts des Kts St. Gallen i. J. 1896, S. 53 ff.)

---

82. *Erbfolge bei Niedergelassenen. Heimats- oder Wohnsitzrecht? B.-Ges. betr. die civilrechtl. Verh. der Niedergel. und Aufenth. vom 25. Juni 1891, Art. 22 Abs. 2.*

**Luzern.** Urteil des Obergerichts v. 19. Febr. 1895 i. S. Erben Brunner.

Am 21. April 1894 starb in Luzern die in Zug heimatberechtigte Maria Brunner, mit Hinterlassung eines vom 19. November 1875 datierten Testaments. Dessen erster Artikel lautet:

„An meine sämtlichen Geschwister sollen nicht mehr von meinem ganzen Vermögen zukommen, als das nach meinem Heimatorte Zug gesetzliche Minimum von zehn Pfund Gold, zirka fünf à sechs Franken.“

Zu Erben ernannte sie die Kinder eines ihrer Brüder und einer ihrer Schwestern. Die ausgeschlossenen Geschwister fochten das Testament an, indem sie auf Grund ihrer Eigenschaft als Intestaterben zweiter Klasse (Luzerner bürgerl. G.-B. § 401 f. Zuger priv. G. B. § 262) den Pflichtteil der Hälfte des Vermögens beanspruchten (Luzern § 428, Zug § 302); da die Erblasserin ihren letzten Wohnsitz in Luzern gehabt habe, so sei gemäss B.-Ges. über die civ. Verh. der Niedergel. Art. 22 das Luzerner Recht massgebend; die Testierbefugnis richte sich nach dem im Zeitpunkte des Todes des Erblassers geltenden Rechte; es würde deshalb auch bei Anwendung des Zuger Rechtes das gleiche Resultat herauskommen. — Die Beklagten wandten ein, es haben im vorliegenden Falle die Bestimmungen des zugerischen Stadt- und Amtbuches von 1432 und 1566 Anwendung zu finden zufolge § 3 der Uebergangsbestimmungen zum Zuger Erbrecht vom 1. Februar 1875, in Kraft getreten den 1. Januar 1876. Art. 22 Abs. 2 des B.-Ges. schliesse die Anwendbarkeit des Luzerner Rechtes aus, indem die Erblasserin als Zuger Bürgerin ihren Nachlass dem Zuger Gesetz habe unterstellen können, was durch Art. 1 des Testaments geschehen sei. Die Behauptung betreffend Gültigkeit der zur Zeit des Todes des Testators geltenden Normen für die Pflichtteilsberechnung sei gemeinrechtlich sowohl als auch für vorliegenden Fall speziell nach § 3 der cit. Uebergangsbestimmung nicht begründet. Durch amtliches Zeugnis der Kantonsgerichtskanzlei Zug sei nachgewiesen, dass das Testament dem vor 1. Januar 1876 geltenden Zuger Erbrecht entspreche.

Die Klage ist abgewiesen und das Testament zu Kräften erkannt worden.

Motive: Die Frage, ob die Erblasserin befugt gewesen, im Jahre 1875 durch Testament zu bestimmen, dass die Erbfolge nach dem Rechte des Kantons Zug sich vollziehen solle, ist zu bejahen. Die Erblasserin, seit 1867 heimatrechtig in Zug, errichtete das Testament in Luzern. 1875 bestand noch das Konkordat vom 15. Juli 1822 über Erbrechtsverhältnisse, welchem auch Luzern angehörte, und wonach für den Inhalt der Testamente das Gesetz des Heimatkantons galt. Zur Zeit der Testamentserrichtung war das Erbrecht des Stadt- und Amtbuches von Zug von 1432/1566 in Kraft. Das Testament entspricht den Bestimmungen dieses Gesetzes. Das auf 1. Januar 1876 in Kraft getretene zugerische Erbrecht erkennt in den Uebergangsbestimmungen (§ 3) die Gültigkeit der vor diesem Datum errichteten Testamente an. Damit war das

Testament vom 19. November 1875 in gültiger Weise zu Stande gekommen und, soweit zugerisches Recht in Frage kam, auch in Gültigkeit verblieben.

Es fragt sich nun, welchen Einfluss das B.-G. betreffend die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen vom 25. Juni 1891 auf das Testament von 1875 ausübe. Seine Anwendung auf dieses Testament muss als zulässig angesehen werden. Denn es ist allgemeine Rechtsregel, dass der Inhalt des Testamentes sich nach demjenigen Recht richtet, das im Momente des Todes des Erblassers gilt. Diesen Grundsatz, auf der Basis des letzten Wohnsitzes des Erblassers, hat auch das neue B.-Ges. statuiert. Aus § 3 des Promulgationsdekretes zum Erbrecht des b. G. B. des Kts Luzern kann auch für das Luzerner Erbrecht nicht gefolgert werden, dass nach demselben der Inhalt von letztwilligen Verordnungen gemäss den zur Zeit ihrer Errichtung geltenden Normen zu beurteilen sei, denn dort handelt es sich nur um diejenigen letztwilligen Verordnungen, welche vor Inkrafttreten des Erbrechts des b. G. B. errichtet wurden, und diese Uebergangsbestimmung hatte offenbar nur den Zweck, Kollisionen zu vermeiden. Wenn sich das Bundesgesetz nach dem Gesagten auch auf früher errichtete letzte Willensverordnungen bezieht, so kann deshalb nicht von unzulässiger Rückwirkung gesprochen werden, denn durch die Erbeinsetzung oder Vermächtnisbestellung haben die Bedachten noch kein Recht erworben, das ihnen nicht wieder entzogen werden könnte.

Das Bundesgesetz statuiert in Art. 22 Abs. 1 das Recht des Domizils, nach Abs. 2 kann aber Jemand durch letztwillige Verordnung die Erbfolge dem Rechte seines Heimatkantons unterstellen. Nun ist klar, dass dies nicht bloss für die seit 1. Juli 1892 errichteten letztwilligen Verordnungen gilt, sondern auch für die früheren, sofern sie wie vorliegend mit Rücksicht auf den Zeitpunkt des Todes des Erblassers dem Bundesgesetz zu unterwerfen sind, mit demselben im Einklang stehen und die Anwendung des heimatlichen Rechtes nach dem zur Zeit der Testamentserrichtung geltenden kantonalen Rechte zulässig war. Allerdings musste die Erblasserin i. J. 1875 schon von Gesetzeswegen ihre Erbfolge dem heimatlichen Richter unterstellen. Wenn sie das aber gethan hat, so wird sie durch Art. 22 Abs. 2 B.-Ges. beschützt und ist es gleichgültig, ob ihr damals die professio juris zugestanden habe oder nicht. Das geltende Recht, unter welches sie die Erbfolge stellte, war aber nicht das Erbrecht vom 1. Februar 1875, sondern das alte Recht vom Jahre 1432 und 1566, wel-

ches, weil in § 3 der Uebergangsbestimmungen des erstern ausdrücklich vorbehalten, für das streitige Testament auch fortan in Wirksamkeit geblieben ist. Das Bundesgesetz konnte und wollte hieran nichts ändern.

Es kann sich nur noch fragen, ob die Erblasserin den Bestimmungen von Art. 22 Abs. 2 B.-Ges. nachgelebt hat. In dieser Beziehung ist nach dem Wortlaute und Sinne des Gesetzes, entgegen der Auffassung der ersten Instanz, als notwendig anzunehmen, dass der Wille des Erblassers, das heimatliche Recht anzuwenden, aus der letztwilligen Verordnung selbst hervorgehe. Dieser Wille kann auf zwei Arten dokumentiert werden, entweder so, dass die Erbfolge des heimatlichen Rechtes als massgebend erklärt, oder so, dass unter Anwendung des heimatlichen Rechtes nach Massgabe desselben die letztwillige Verordnung errichtet wird. In concreto handelt es sich um ein Testament von der letzteren Art, das erhellt aus Art. 1 desselben.

(Auszüge aus den Verhandl. des Obergerichts 1895, S. 23 ff.)

---

83. *Forum contractus ausgeschlossen im Gerichtsstandsvertrag mit Frankreich vom 15. Juni 1869, Art. 3.*

**Bern.** Entscheid des App.- und Kass.-Hofes vom 18. Juli 1896 i. S. Guichard & Cie c. Hubler & Schafroth.

Es handelte sich um Vollstreckbarkeit eines Urteils des Handelsgerichts von Bordeaux gegen die in der Schweiz domizilierten H. & Sch. Die Impetranten behaupteten, es treffen die Bestimmungen des Art. 3 des französisch-schweizerischen Gerichtsstandsvertrags zu, d. h. das Handelsgericht sei zum Erlass des Kontumazurteils kompetent gewesen, weil es sich um die Streitigkeit über Erfüllung eines Vertrages gehandelt habe, hinsichtlich dessen die Beklagten in Bordeaux Domizil erwählt hätten. Das Gericht fand keine hierauf bezügliche ausdrückliche Erklärung der Beklagten in der die Basis des Vertrags bildenden Korrespondenz vor. Ob eine stillschweigende Vereinbarung der Domizilerwählung in casu vorliege, darüber sprach sich das Gericht folgendermassen aus:

Zunächst ist festzustellen, dass der Staatsvertrag mit Frankreich im Prinzip so wenig wie der bernische Civilprozess das gemeinrechtliche forum contractus anerkennt, während beide Gesetze den Gerichtsstand des erwählten Domizils ausdrücklich regeln. Hieraus nun zu folgern: die ausdrückliche

Anerkennung des forum contractus im Staatsvertrage sei nur deshalb unterblieben, weil die Bedingungen dieses regelmässig mit dem des Gerichtsstandes des erwählten Domizils zusammentreffen, wäre schon deshalb unrichtig, weil die ersteren viel allgemeinerer Natur sind als die letzteren. Letzteres verlangt eine Willenserklärung der Parteien betreffend den Wohnsitz für die Vollziehung des Vertrages, also auch betreffend das Gericht, das allfällige Streitigkeiten zu erledigen habe, während ersteres nur eine Willenserklärung betreffend den Erfüllungsort der im Vertrage übernommenen Verbindlichkeiten verlangt. Beide Willenserklärungen sind inhaltlich verschieden und in dem minus der vertraglichen Festsetzung eines Erfüllungsortes ist an sich nie das plus eines erwählten Domizils für die Vollziehung des Vertrages enthalten. Da nun nur der Beweis zu erbringen versucht worden, dass der Vertrag in Bordeaux zu erfüllen gewesen wäre, was zum Nachweis der Voraussetzungen des Art. 3 des Staatsvertrages nicht genügt, machen die allgemeinen Bestimmungen des Art. 1 Regel und das Handelsgericht zu Bordeaux war demnach nicht kompetent. (Zeitschr. des Bern. Jur.-Vereins, XXXIII S. 162 f.)

## A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

84. *B.-Ges. betr. die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 58. Zulässigkeit der Berufung gegen Urteile des zürcherischen Handelsgerichtes, welche von diesem als „Schiedsgericht“ gemäss Art. 102 des zürcherischen Rechtspflegegesetzes ausgefällt wurden.*

Die kantonale Instanz hat in Auslegung des § 102 des zürcherischen Rechtspflegegesetzes (welcher bestimmt, das Handelsgericht entscheide als Schiedsgericht in allen Handelsstreitigkeiten über 500 Fr., welche nicht unter die §§ 95 und 96 Rechtspflegegesetz fallen, aber von den Parteien auf dem Wege der Vereinbarung an dasselbe gebracht werden) entschieden, das Handelsgericht handle in den Fällen dieses Paragraphen nicht als Schiedsgericht, sondern sei zuständig zwar infolge Vereinbarung der Parteien, aber als ordentliches staatliches Gericht, also als forum prorogatum; der Ausdruck „als Schiedsgericht“ in § 102 R. Pf. G. sei nicht in eigentlichem Sinne zu verstehen. An diese Auslegung des kantonalen Prozessgesetzes ist das Bundesgericht, eben weil es sich um kantonales Recht handelt, gebunden, und es ist daher davon auszugehen, dass sich das angefochtene Urteil als letztinstanzliches kantonales Hauptturteil im Sinne des Art. 58 Org.-Ges. qualifiziert, und die Berufung an das Bundesgericht aus diesem Grunde zulässig ist. In dem vom Bundesgericht unterm 9. Oktober 1896 entschiedenen Falle Dolivo-Dobrowolsky c. Brown, Boveri & Cie, s. Revue, Bd. 15, Nr. 1, lag die Sache insofern anders, als damals die Vorinstanz, das Handelsgericht Zürich, für das Bundesgericht verbindlich ausgesprochen hatte, sie handle lediglich als Schiedsgericht, so dass das Bundesgericht annehmen musste, von einer staatlichen Gerichtsbarkeit sei in den Fällen des § 102 des zürcherischen Rechtspflegegesetzes keine Rede. (Entsch. v. 19. Juni 1897 i. S. Lindemann c. Jenny.)

---

85. *Art. 16 Abs. 2, Art. 189 O. R. Oertliche Rechtsanwendung hinsichtlich der Cession. Kann der Schuldner der abgetretenen Forderung dem (gutgläubigen) Cessionar die Einrede entgegenhalten, die (schriftlich ausgestellte) Cession des ursprünglichen Gläubigers an den Vormann des Cessionars sei eine simulierte gewesen?*

Die Witwe S. D. in Zürich hatte am 10. Juni 1896 ihrem Sohne L. D. einen Schuldschein über 8500 Fr. ausgestellt. Am 12. August 1896 trat L. D. diese Forderung in Nancy an den dort wohnenden Sch. ab, indem er ihm den Schuldschein mit nachgetragenem Cessionsvermerk übergab. Mittelst Cessionsscheines d. d. Zürich 12. Oktober 1896 trat Sch. seinerseits die Forderung an L. Z. in Zürich ab. Als letztere dieselbe gegen Witwe S. D. geltend machte, bestritt diese ihre Schuldpflicht, indem sie unter andern Einwendungen vorbrachte, die Cession des L. D. an Sch. sei ein simuliertes Geschäft, Sch. habe somit aus derselben keine Rechte erworben und daher auch keine solchen auf L. Z. übertragen können. — Das Bundesgericht bemerkt rücksichtlich dieser Einrede in seinem Urteile: Bei der Einrede, dass die Cession L. D's. an Sch. auf Simulation beruhe, greift insoweit die Anwendung des eidgenössischen Rechts Platz, als es sich fragen muss, ob die Witwe S. D. überhaupt berechtigt sei, diese Einrede der L. Z. entgegenzuhalten. Denn hiebei handelt es sich sowohl um die rechtlichen Wirkungen der Hauptobligation, als um diejenigen der Cession Sch's. an die L. Z., welche beiden Rechtsgeschäfte unter den örtlichen Herrschaftsbereich des eidgen. O. R. fallen. Nach französischem Recht beurteilt sich dagegen die materielle Begründetheit der Einrede, d. h. die Frage, ob die in Nancy erfolgte Cession L. D's. an Sch. als eine ernstgemeinte, oder aber als eine simulierte zu betrachten sei. Da nun die Vorinstanz, in Anwendung des französischen Rechtes, festgestellt hat, dass die fragliche Cession wirklich auf Simulation beruhe, so hat das Bundesgericht diese Annahme ohne weiteres auch seiner Entscheidung zu Grunde zu legen, und beschränkt sich die Ueberprüfung des kantonalgerichtlichen Urteils auf die Frage, ob die Einrede der Simulation der Cession an ihren Vormann der L. Z. gegenüber überhaupt zulässig sei. Darüber, inwieweit der Schuldner die Einrede der Simulation der Abtretung dem bei der Simulation beteiligten Cessionar entgegenhalten könne, besteht in der Theorie bekanntlich Meinungsverschiedenheit, indem von der einen Seite diese Einrede, sofern der debitor cessus nicht ein eigenes Interesse an derselben nachweisen kann, als eine

unzulässige exceptio ex jure tertii betrachtet (s. z. B. Dernburg, Pand. II, § 49, Preuss. Privatrecht Bd. II, § 85, Albert Schmid, Grundlehren der Cession, Bd. II, S. 394), von der andern Seite dagegen dem debitor cessus die Berechtigung zur Erhebung der Einrede schlechthin zuerkannt wird. Im eidgen. O. R. ist diese Frage nicht entschieden (s. Hafner, Kommentar zum O. R., 2. Aufl., Anm. 3 zu Art. 189). Nun bezieht sich jedoch die Einrede der Simulation in casu nicht auf die Cession, welche zwischen der L. Z. und ihrem Cedenten stattgefunden hat, sondern auf das dieser Cession vorangegangene Uebertragungsgeschäft, durch welches die Rechtsstellung des Cedenten der L. Z. begründet wurde. Die Frage, um welche es sich hier handelt, ist also die, ob trotz der, nach dem Entscheid der Vorinstanz als festgestellt zu betrachtenden Thatsache, dass die Cession D's. an Sch. auf Simulation beruhte, eine wirksame Uebertragung der Forderung durch diesen letztern an die L. Z. habe stattfinden können. Diese Frage muss bejaht werden. Zwar gilt auch für die Cession von Forderungen im Allgemeinen der Grundsatz, dass Niemand mehr Rechte auf einen Andern übertragen kann, als er selbst besitzt, woraus allerdings folgen würde, dass die L. Z. das Forderungsrecht von Sch. nicht hätte erwerben können, da dieser selbst nicht Gläubiger geworden war. Allein es ist nun zu bemerken: Zufolge der, wenn auch simulierten Cession des D. an Sch. erschien letzterer, welcher sich im Besitze des Schuldscheins mit dem nachgetragenen Cessionsvermerk befand, Dritten gegenüber als zur Verfügung über die Forderung legitimierter Gläubiger derselben. Hat er, diesen Schein der Legitimation benutzend, über die Forderung durch Abtretung derselben an einen gutgläubigen Dritten verfügt, so muss diese Cession zu Gunsten des letztern als wirksam erachtet werden. Der ursprüngliche Gläubiger, welcher durch den von ihm ausgestellten simulierten Cessionsakt einen Zustand geschaffen hat, kraft dessen der Empfänger der Cessionsurkunde nach aussen als verfügungsberechtigter Gläubiger erschien, kann sich, gutgläubigen Dritten gegenüber, nicht darauf berufen, es habe ihm in That und Wahrheit der Abtretungswille gefehlt, er muss vielmehr, gutgläubigen Dritten gegenüber, seine Willenserklärung so gegen sich gelten lassen, wie er sie abgegeben und verurkundet hat, musste er sich dessen doch bewusst sein, dass seine simulierte Erklärung von Dritten, welche die Verhältnisse nicht kannten, als ernst gemeint werde aufgefasst werden, und konnte auch die Ausstellung der Cessionsurkunde kaum einen andern Zweck ver-

folgen, als eben den, den Empfänger derselben Dritten gegenüber als legitimierten Gläubiger erscheinen zu lassen. Diese Behaftung des ursprünglichen Gläubigers bei dem, Dritten gegenüber einzig erkennbaren, und von ihm gewollten Inhalte der Cessionsurkunde erscheint als ein Postulat der bona fides, als ein Ausfluss des dem Art. 16, Abs. 2, O. R. zu Grunde liegenden Rechtsgedankens. Danach muss denn aber selbstverständlich auch der Schuldner der abgetretenen Forderung die Legitimation des Cessionars, welcher die Forderung in gutem Glauben von dem Empfänger der simulierten Cessionsurkunde erworben hat, anerkennen. (Entsch. v. 5. Juni 1897 i. S. L. Zellweger c. Witwe Sophie Dietrich.)

---

86. *Art. 105, 846, 847, 848 O. R. Rechtliche Natur von Sparkassabüchern, welche auf Namen lauten, aber die Klausel enthalten, dass die Kasse an den Vorweiser gültig bezahlen könne. — Gerichtliche Amortisation solcher Papiere? Anwendung der Grundsätze über Cession auf die Uebertragung von Forderungen aus solchen Papieren.*

Die Schwester des Beklagten, Anna A. in R., hatte am 25. März 1893 bei der Ersparniskasse des Amtsbezirks A. eine Einlage von Fr. 5470. — gemacht, wofür ihr ein auf ihren Namen lautender Gutschein in Form eines Sparkassabüchleins ausgestellt wurde. In den auf dem Gutschein abgedruckten Bedingungen ist u. a. gesagt: „6. Ohne Vorweisung des Gutscheins wird keine Zahlung gemacht. Verlorene Gutscheine sind auf Kosten des Ansprechers zu amortisieren. 7. Der Vorweiser eines Gutscheins gilt der Ersparniskasse gegenüber als berechtigt, Rückzahlungen und Zinsen zu beziehen und gültig dafür zu quittieren. Die Ersparniskasse ist weder verpflichtet, die Identität des Besitzers noch die Echtheit der Unterschrift feststellen zu lassen, wohl aber steht es derselben jederzeit frei, die Eigentumslegitimation zu verlangen, wenn die Umstände Zweifel wachrufen sollten.“ Am 19. Mai 1895 verstarb Anna A.; in ihrem Testament hatte sie die Kläger, d. h. die (minderjährigen) Kinder ihrer verstorbenen Bruderstochter Anna Maria B. geb. A. zu Erben eingesetzt. Bei dem über ihren Nachlass aufgenommenen amtlichen Inventar wurde der oben erwähnte Gutschein nicht vorgefunden. Später stellte sich heraus, dass der Beklagte sich in dessen Besitz befand. Die Vormundschaftsbehörde forderte ihn auf, den Kassagutschein, als zum Nachlasse der Anna A. gehörig, herauszugeben; der Beklagte weigerte sich dessen, indem er behauptete, der

Schein gehöre ihm, er sei ihm von der Erblasserin kurz vor ihrem Tode zu Tilgung einer alten Schuld übergeben worden. Die Kläger erhoben nun Klage dahin: 1. Der Beklagte J. U. A. sei schuldig, den Klägern als Testamentserben der Anna A. den auf den Namen derselben lautenden, von der Ersparniskasse des Amtes A. ausgestellten Kassagutschein oder dessen Wert mit 4000 Fr., nebst dem von der genannten Kasse jeweilen gewährten Zins herauszugeben. 2. Der Beklagte sei ferner schuldig, den Klägern die von ihm auf diesen Gutschein hin bereits am 3. Dezember 1895 auf der genannten Ersparniskasse erhobenen 1400 Fr. nebst Zins zu 5 % seit diesem Tage zurückzuerstatten. Der Beklagte beantragte Abweisung dieser Klage. In dem die Klage gutheissenden Urteile des Bundesgerichts wird hinsichtlich des ersten klägerischen Rechtsbegehrens ausgeführt: Die Kläger sind bei der Stellung ihres ersten Rechtsbegehrens davon ausgegangen, der Gutschein der Sparkasse des Bezirks A. sei der Träger des darin verurkundeten Forderungsrechts gegenüber der Sparkasse; er gewähre seinem Besitzer ohne weiteres dieses Forderungsrecht, so dass zur Erlangung dieses letzteren die Vindikation des Gutscheins erforderlich, aber auch genügend sei. Denn es liegt auf der Hand, dass die Kläger mit dem ersten Rechtsbegehren das Forderungsrecht auf die Sparkasse, gemäss dem Inhalt des Gutscheins, beanspruchen wollen, wie sie denn eventuell als Wert des Gutscheins den Betrag der Forderung, nämlich 4000 Fr. an Kapital, nebst den aufgelaufenen Zinsen, verlangen. Damit nun aber der streitige Gutschein als Träger des darin verurkundeten Forderungsrechts bezeichnet werden könnte, müsste das Forderungsrecht derart in der Urkunde verkörpert sein, dass es in seinem Inhalt, seiner Ausübung und Uebertragung an die Urkunde gebunden wäre (s. Hafner, Komm. zum eidg. O. R., Anm. 6 zu Art. 224). Denn nur unter dieser Voraussetzung hat der Erwerber des Papiers die Sicherheit, dass der Schuldner gegen das Papier leisten müsse, indem die Leistung von keinem Andern, als dem Inhaber verlangt werden kann, und nur die Leistung an den Inhaber den Schuldner befreit. Diesen Charakter trägt der von der Ersparniskasse des Bezirks A. ausgestellte Gutschein nicht. Es ist darin nicht eine Leistung an den Inhaber im Sinne der Art. 846 u. ff. des O. R. versprochen, ebenso gehört derselbe nicht in die Kategorie der Ordre- oder andern indossablen Papiere, welche das eidg. O. R. neben den Inhaberpapieren und Wechseln als eigentliche Wertpapiere, d. h. als Träger des verurkundeten Forderungsrechts anerkennt. Allerdings be-

stimmt Art. 7 der dem Gutschein aufgedruckten Bedingungen, der Vorweiser eines Gutscheines gelte der Ersparniskasse gegenüber als berechtigt, Rückzahlungen und Zinsen zu beziehen und gültig darüber zu quittieren, allein der Gutschein lautet trotzdem nicht auf den Inhaber, sondern auf den Namen des Einlegers, und die Kasse behält sich ausdrücklich vor, vom Inhaber des Gutscheins den Eigentumsausweis zu verlangen; sie verpflichtet sich also dem Inhaber gegenüber nicht in der Weise, dass sie ihm keine andern Einreden entgegensetzen könnte, als diejenigen, welche aus der Urkunde selbst hervorgehen, sondern wahrt sich auch die Einrede, dass der Inhaber nicht der wahre Berechtigte sei. Auch aus der Bestimmung in Art. 6 der genannten Bedingungen, worin die Amortisation verloren gegangener Gutscheine verlangt wird, darf nicht gefolgert werden, dass das Forderungsrecht in der Urkunde selbst verkörpert sei. Diese Vorschrift ist gegenüber Art. 105 O. R. einfach ungültig; da nämlich der Aussteller des Gutscheins sich die Prüfung der Legitimation des Inhabers ausdrücklich vorbehält, und darnach der Gutschein nicht als Inhaberpapier im Sinne des O. R. erscheint (welches hierunter laut Art. 847 nur die vollkommenen, nicht auch die sogenannten hinkenden Inhaberpapiere versteht), so findet auch Art. 848 ibidem keine Anwendung, und kann deshalb der Schuldner, wenn der Schuldschein verloren gegangen ist, gemäss Art. 105 O. R., bei der Zahlungsleistung nur fordern, dass der Gläubiger die Entkräftung des Schuldscheins und die Tilgung der Schuld in einer öffentlichen oder beglaubigten Urkunde erkläre. Aus dem Gesagten folgt, dass für die Entscheidung der Frage, ob der Anspruch der Kläger auf die in dem Gutschein verbriefte Forderung gegenüber der Ersparniskasse des Amtsbezirks A. begründet sei, nicht sowohl die Grundsätze über die Vindikation von Wertpapieren, als vielmehr die gewöhnlichen Grundsätze über den Erwerb von Forderungen massgebend sind, und das erste Rechtsbegehren, seinem offenbaren Zwecke gemäss, richtiger Weise auf Feststellung des Gläubigerrechtes der Kläger an jener Forderung hätte lauten, und der Gutschein bloss als Accessorium, nicht aber als Träger der Forderung hätte vindiziert werden sollen.

Frägt es sich also, ob die Forderung an die Ersparniskasse des Bezirks A. aus dem Gutschein den Klägern zustehe, und infolgedessen der Beklagte verpflichtet sei, denselben diesen Gutschein herauszugeben, so ist zunächst zu bemerken, dass die Kläger unbestrittenermassen die Universalerben der-

jenigen Person sind, welche die betreffende Einlage gemacht hat, und auf deren Namen der Gutschein lautet. Darnach erscheint der Anspruch der Kläger als begründet, sofern nicht der Beklagte den Nachweis erbracht hat, dass ihm diese Forderung von der Erblasserin abgetreten worden sei. Für den Beweis einer solchen Abtretung genügt nun aber die blosse Thatsache, dass der Beklagte im Besitze des Gutscheins sich befindet, nicht. Damit dieser Beweis als geleistet zu betrachten wäre, müsste nach den Akten angenommen werden können, dass die Rechtsvorgängerin der Kläger dem Beklagten den Gutschein mit dem Willen überlassen hätte, ihm das Guthaben auf die Ersparniskasse abzutreten; allein hiefür fehlt es, wie die Vorinstanz festgestellt hat, an hinreichenden Anhaltspunkten. (Entsch. v. 22. Mai 1897 i. S. Brand c. Appenzeller.)

---

87. *B.-Ges. betr. die Organisation der Bundesrechtspflege v. 22. März 1893, Art. 56 und 59. Art. 50 O. R. Kompetenz des Bundesgerichts in Streitigkeiten, welche teilweise nach eidgenössischem, teilweise nach kantonalem Rechte zu beurteilen sind. Inwiefern liegt in einem durch die Ausführung eines öffentlichen Werkes bewirkten Eingriffe in Privatrechte eine unerlaubte Handlung?*

Der Kläger hatte im Jahre 1876 die Besitzung zur Stadtsäge am Steinachbach bei Lämmlisbrunnen, St. Gallen, käuflich erworben. Die politische Gemeinde St. Gallen liess gemäss einem Beschluss vom 1. November 1891 eine Korrektion der Steinach ausführen, für welche zwar kein Grund und Boden des Klägers in Anspruch genommen wurde, welche aber eine wesentliche Veränderung in der Anlage der Wasserleitung der klägerischen Besitzung zur Folge hatte und überdem, wegen einer durch sie bedingten Aenderung der Lämmlisbrunnenstrasse in Höhe und Richtung, das klägerische Etablissement seiner bisherigen bequemen Zufahrt beraubte. Der Kläger belangte deshalb, indem er sich teils auf eidgenössisches Recht, insbesondere auf Art. 50 des O. R., teils dagegen auf das kantonale Dienstbarkeitsgesetz berief, die politische Gemeinde St. Gallen auf eine Entschädigung von Fr. 100,000. Das Kantonsgericht des Kantons St. Gallen hiess diese Klage auf Grund des kantonalen Rechtes bis zum Betrage von Fr. 30,000 gut, indem es dagegen die aus dem eidgenössischen Rechte abgeleiteten Ansprüche als unbegründet erklärte. Auf Berufung beider Parteien hin hat sich das Bundesgericht zwar prinzipiell für kompetent erklärt, in der Sache selbst aber das kantonale Urteil einfach bestätigt.

Hinsichtlich der Kompetenzfrage wird bemerkt: Die von der Beklagten in erster Linie erhobene Einwendung, dass das Bundesgericht nicht kompetent sei, auf die Berufung einzutreten, ist unbegründet. Der Kläger hat seine Entschädigungsforderung u. a. auf Art. 50 ff. O. R. gestützt, also einen Anspruch des eidgenössischen Rechtes geltend gemacht. Ebenso ist der gesetzliche Streitwert offenbar gegeben. Das Bundesgericht ist daher gemäss Art. 56 und 59 O. G. zur Beurteilung der vorliegenden Berufung kompetent, insoweit es sich frägt, ob der Klageanspruch aus dem eidgenössischen Rechte begründet sei, während sich dagegen allerdings der Entscheid der Vorinstanz seiner Nachprüfung insoweit entzieht, als derselbe auf der Anwendung des kantonalen Rechtes beruht. Soweit sich also der Kläger zur Begründung seiner Klage neben den Bestimmungen des eidg. O. R. auf das kantonale Recht berufen hat, oder Fragen des kantonalen Rechtes für die Entscheidung des aus dem eidg. O. R. abgeleiteten Entschädigungsanspruchs präjudiziell sind, ist der Entscheid der Vorinstanz für das Bundesgericht verbindlich.

In der Sache selbst führt das Bundesgericht im wesentlichen aus: Die Erhebung einer Klage aus Art. 50 O. R. hat zur Voraussetzung, dass die Beklagte den Kläger widerrechtlich, sei es absichtlich oder fahrlässig, geschädigt habe. In erster Linie muss also vorliegen, dass die von der Beklagten durchgeführte Korrektion gegenüber dem Kläger objektiv eine widerrechtliche Handlung in sich schliesse. Nun hat die Vorinstanz allerdings erklärt, dass der Kläger durch jene Korrektion einen Eingriff in seine Privatrechtssphäre erlitten habe, indem sie auf Grund des kantonalen Dienstbarkeitengesetzes eine Verletzung von Grunddienstbarkeits- und Nachbarrechten des Klägers annahm, und an diese Entscheidung ist das Bundesgericht, da es sich dabei um die Anwendung des kantonalen Rechtes handelt, gebunden. Allein damit ist die Frage noch nicht entschieden, ob die Beklagte in der Durchführung der Korrektion widerrechtlich gehandelt habe. Es muss sich vielmehr weiter fragen, inwieweit die Beklagte verpflichtet gewesen sei, jene Privatrechte des Klägers zu respektieren, bezw. ob ihr nicht das Recht zugestanden habe, trotz den entgegenstehenden Privatrechten des Klägers die Korrektion durchzuführen; und nun stellt die Vorinstanz fest, dass der Beklagten, auf Grund des kantonalen, öffentlichen Rechts in der That die Befugnis zur Durchführung derartiger Korrektionen unter Inanspruchnahme von Privatrechten Dritter zustehe. Ist dies aber der Fall, so genügt die Thatsache,

dass durch die Korrektion in die Privatrechte des Klägers eingegriffen worden ist, nicht, um der Durchführung derselben den Charakter einer widerrechtlichen Handlung beizulegen. Von einer Widerrechtlichkeit könnte vielmehr nur gesprochen werden, sofern die Beklagte sich dabei nicht innerhalb der durch das öffentliche Recht gezogenen Schranken gehalten, z. B. eine etwa erforderliche obrigkeitliche Bewilligung nicht eingeholt hätte, oder sich bei der Ausführung Schädigungen des Klägers hätte zu Schulden kommen lassen, die unter Anwendung der erforderlichen Sorgfalt hätten vermieden werden können. Nach dieser Richtung hin ist jedoch gegen die Beklagte nichts vorgebracht worden. Der Kläger hat weder behauptet noch bewiesen, dass von der Beklagten bei der Korrektion unnötige Massnahmen getroffen worden seien, die eine schädigende Wirkung bezüglich der klägerischen Liegenschaft ausübten, oder dass sie Massregeln unterlassen habe, die zur Verhütung von Schaden geboten gewesen wären. Hieraus folgt, dass die Schädigungen, die der Kläger durch die fragliche Korrektion erlitten hat, nicht auf eine widerrechtliche Handlung der Beklagten zurückzuführen sind, und es kann sich daher dessen Entschädigungsanspruch nicht auf Art. 50 O. R., sondern nur darauf gründen, dass nach dem massgebenden kantonalen Recht derartige Eingriffe in die Privatrechtsverhältnisse Dritter nicht unbedingt, sondern nur gegen Schadloshaltung gestattet sind. Inwieweit die Entschädigungsforderung des Klägers aus diesem letztern Gesichtspunkt begründet sei, hat die Vorinstanz auf Grund des st. gallischen Dienstbarkeitsgesetzes untersucht, und zur Ueberprüfung dieses Entscheides ist das Bundesgericht, da es sich hier ausschliesslich um die Anwendung kantonalen Rechtes handelt, nicht kompetent. (Entsch. v. 8. Mai 1897 i. S. Dütschler c. politische Gemeinde St. Gallen.)

---

88. *Art. 146 ff., 149 O. R.*

Die Bestimmungen des O. R. über Verjährung beziehen sich nur auf die erlöschende, nicht dagegen auf die erwerbende Verjährung; sie regeln ferner nur die Verjährung persönlicher, nicht dagegen dinglicher Ansprüche; auf letztere finden sie auch dann nicht Anwendung, wenn es sich um Ansprüche auf bewegliche Sachen, deren Eigentum zufolge Vertrages gemäss den Vorschriften des VI. Titels des O. R. erworben worden ist, handelt. (Entsch. v. 17. Juli 1897 i. S. Balmelli c. Bargigia.)

---

**89.** *Art. 199, 201, 202 O. R. Art. 130, 288 B.-Ges. über Schuldbetreibung und Konkurs. Besitzübertragung an im Pfandverwertungsverfahren vom Gläubiger durch freihändigen Kauf gemäss Art. 130 des Schuldbetr. Ges. erworbenen Sachen, welche sofort dem Schuldner vermietet werden. Constitutum possessorium? Anfechtbarkeit der Anerkennung erloschener Forderungen durch den Schuldner. Voraussetzungen.*

1. Wenn ein Gläubiger von ihm gepfändete (bewegliche) Sachen seines Schuldners im Verwertungsverfahren (durch freihändigen mit dem Betreibungsbeamten gemäss Art. 130 des Schuldbetr.-Ges. geschlossenen Kauf) selbst erwirbt und dieselben hernach sofort dem Schuldner, in dessen Gewahrsam sie belassen worden waren, mietweise überlässt, so ist der zur Eigentumsübertragung erforderliche Besitzübergang erfolgt; der Schuldner erwirbt als Stellvertreter des Gläubigers den Besitz dadurch, dass er mit Zustimmung des Veräusserers, des Betreibungsbeamten, den Gewahrsam fortan für den Gläubiger ausübt. Da hier nicht der Veräusserer, der Betreibungsbeamte, sondern der Schuldner als dritter Inhaber der verkauften Sachen, Stellvertreter des Gläubigers im Besitzerwerbe ist, so liegt der Thatbestand eines constitutum possessorium im Sinne des Art. 202 O. R. nicht vor, und es ist also Abs. 2 dieses Artikels nicht anwendbar. Uebrigens ist jeder Gläubiger berechtigt, für seine fällige Forderung ohne Rücksicht auf die Interessen anderer Gläubiger auf dem Betreibungswege Deckung zu suchen, und kann er über Sachen, die er im Pfandverwertungsverfahren, sei es an öffentlicher Steigerung, sei es durch einen nach Art. 130 des Schuldbetr.-Ges. angeordneten freihändigen Verkauf auf Rechnung seiner Forderung erworben hat, nach Belieben verfügen, also auch sie dem Schuldner wieder zum Gebrauch überlassen.

2. Die Anerkennung einer, durch Nichteingabe in ein öffentliches Inventar erloschenen, Forderung Seitens des Erben des ursprünglichen Schuldners ist gemäss Art. 288 des Schuldbetr.- und Konk.-Ges. anfechtbar, wenn der Anerkennende sich bewusst war, dass infolge der Anerkennung aller Wahrscheinlichkeit nach andere Gläubiger müssen benachteiligt werden, und dies auch dem Gläubiger erkennbar war. (Entsch. v. 1. Mai 1897 i. S. Niggeler c. Bossard & Henggeler.)

---

**90.** *Art. 210, 220 O. R. Faustpfand an einer Geldsumme oder Forderungsverpfändung? Haftung des Forderungspfandgläubigers für Verschlechterung u. dgl. der gepfändeten Forderung.*

1. Wenn zur Sicherung der Erfüllung vertraglicher Verpflichtungen vom Schuldner eine Geldsumme bei einem Dritten (einem Bankinstitute) als Kaution einbezahlt wird, so wird dadurch weder ein eigentliches noch ein irreguläres Faustpfand an dem einbezahlten Gelde für den Gläubiger begründet, sondern es kann, wenn überhaupt eine Verpfändung beabsichtigt ist, Gegenstand derselben nur das Forderungsrecht des Schuldners an den Dritten (das Bankinstitut) sein.

2. Art. 220 O. R. ist auf Untergang oder Verschlechterung verpfändeter Forderungen nicht anwendbar, insoweit Untergang oder Verschlechterung nicht im Zusammenhange mit der Innehabung des Schuldscheins durch den Pfandgläubiger stehen. Dies trifft für die Entwertung der verpfändeten Forderung infolge eintretender Zahlungsunfähigkeit des Schuldners derselben nicht zu, und es ist also der Pfandgläubiger für diese in keiner Weise verantwortlich. (Entsch. v. 9. April 1897 i. S. Bratschi c. Société de fromagerie de Commugny.)

---

**91.** *Art. 59, 67 Abs. 4 des B.-Ges. betr. die Organisation der Bundesrechtspflege. Art. 249, 250, 253 O. R. Streitwertsberechnung bei der Wandelungsklage. — Wahlrecht des Käufers zwischen Wandelung und Preisminderung. Wann ist bei angehobener Wandelungsklage bloss auf Preisminderung zu erkennen? Was gehört zu dem durch Lieferung fehlerhafter Ware unmittelbar verursachten Schaden? Verschulden des Käufers beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften der Waare.*

1. Wie bei der Erfüllungsklage der Streitwert einfach nach der geforderten Leistung sich bestimmt, so muss bei der Wandelungsklage der Wert der Leistung, von welcher der Kläger befreit sein will, massgebend sein, ohne Abzug der Gegenleistung des Beklagten. Die Leistung, von welcher der Wandelungskläger befreit werden will, ist nun die Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises, der Streitwert also gleich dem Kaufpreise.

2. Nach Art. 249 O. R. hat der Käufer, wenn ein Fall der Gewährleistung wegen Mängel der Sache vorliegt, grundsätzlich die Wahl, Wandelung zu verlangen, oder mit der Minderungsklage Ersatz des Minderwertes der Sache zu fordern. Die Wandelungsklage ist also grundsätzlich nicht auf die Fälle beschränkt, wo die Sache wertlos, oder deren Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Zwecke ganz aufgehoben, oder doch in hohem Grade beeinträchtigt ist, sondern steht dem Käufer in allen Gewährleistungsfällen unbeschränkt zu.

Dagegen gestattet allerdings Art. 250 dem Richter, statt auf Wandelung, auf Preisminderung zu erkennen, wenn nach seinem Ermessen die festgestellten Umstände des Falles derart sind, um die Versagung der Wandelung zu rechtfertigen. Welche Umstände es nun rechtfertigen, die Wandelung zu versagen, lässt sich ganz allgemein nicht fest bestimmen, sondern nur konkret entscheiden. Im allgemeinen kann bloss gesagt werden, dass beim Vorhandensein wesentlicher Mängel, welche die Kaufsache speziell für den Käufer unbrauchbar machen, von Anwendung des Art. 250 O. R. keine Rede sein kann; inwiefern minderwesentliche Mängel dessen Anwendung rechtfertigen, hängt, wie das Bundesgericht in seiner Entscheidung vom 13. September 1888 in Sachen Waller c. Abt (Amtl. Sammlg der bundesger. Entsch. Bd XIV, S. 476 f.) ausgesprochen hat, von den herrschenden Verkehrsanschauungen der massgebenden Plätze ab. Auch ist dabei namentlich darauf abzustellen, ob der Käufer die vorhandenen Mängel nicht bloss benutzen will, um sich von dem, ihm aus andern Gründen, z. B. wegen Preisabschlags, lästigen Vertrage zu befreien, während er einerseits in seinem Gewerbe auch solche minderwertige Ware verwendet, für dieselbe Bedarf hat, und sie bei entsprechender Preisreduktion ohne Nachteil für sein Vermögen und seinen guten Ruf als Geschäftsmann, absetzen kann, andrerseits die Folgen der Vertragsaufhebung in keinem richtigen Verhältnis zu der Bedeutung der vorhandenen Mängel stünden, die Wandelung dem Verkäufer einen unverhältnismässigen Nachteil brächte. In solchen Fällen erscheint es, wenigstens dann, wenn den Verkäufer kein Verschulden trifft, als keine unbillige Zumutung an den Käufer, dass er die Ware mit entsprechender Preisreduktion behalte, während dagegen bei Verschulden des Verkäufers der Richter nur unter ganz besonderen Umständen von dem ihm in Art. 250 O. R. eingeräumten Rechte Gebrauch machen wird. Uebrigens ist es, wenn der Käufer von dem ihm gesetzlich zustehenden Wahlrechte in dem Sinne Gebrauch macht, dass er die Wandelung verlangt, und darüber Zweifel bestehen, ob das Interesse des Klägers nur durch Wandelung oder auch durch Preisminderung hinlänglich gewahrt werde, Sache des Verkäufers, diese Zweifel durch Behauptung und Beweis solcher Thatsachen, welche in concreto die Wandelung als ungerechtfertigt erscheinen lassen, zu heben.

3. Die Einbusse, die der Käufer dadurch erleidet, dass er infolge mangelhafter Erfüllung des Verkäufers seinen Bedarf für gleichwertige Ware zu höheren Preisen decken muss, ist

zu dem unmittelbaren, nach Art. 253 O. R., auch abgesehen von einem Verschulden des Verkäufers, zu ersetzenden Schaden zu rechnen. Uebrigens wird, wenigstens beim Verkauf von Ware, welche für die Weiterveräusserung zum vorneherein bestimmt, und deren gewinnbringende Weiterveräusserung nach den Umständen thatsächlich möglich und beabsichtigt war, der Verkäufer für den Fall nicht vertragsmässiger Lieferung die Einbusse des Käufers an dem durch die Weiterveräusserung zu erzielenden Gewinn ebenfalls ins Auge zu fassen haben, und einen daherigen Schaden als unmittelbare Folge seines vertragswidrigen Verhaltens auch voraussehen können, soweit es sich überhaupt um die im ordentlichen Lauf der Dinge begründete Folge von Ursache und Wirkung handelt.

4. Bei Zusicherung bestimmter Eigenschaften kann keinem begründeten Zweifel unterliegen, dass der Verkäufer verpflichtet ist, vor Versendung der Ware dieselbe auf das Vorhandensein jener Eigenschaften zu prüfen, und dass er hievon nur insofern entbunden ist, als ihm entweder von seinem Lieferanten das Vorhandensein derselben in glaubwürdiger Weise versichert, oder die Untersuchung (wie der Käufer wissen musste) unmöglich, oder doch mit so erheblichen Schwierigkeiten verbunden war, dass sie dem Verkäufer billigerweise nach den Uebungen und Anschauungen des Verkehrs nicht zugemutet werden konnte. (Trifft keine dieser Voraussetzungen zu, so trifft den Verkäufer, welcher vertragswidrige Ware liefert, ein Verschulden.)

In Anwendung dieser Grundsätze hat das Bundesgericht bei einem Kaufe über ein „Reservoir I[a] rothen Most 14—15 % à Fr. 28 per hl." die von dem Käufer (einem Weinhändler) wegen zu geringen (höchstens 12 % betragenden, die Verwendbarkeit des Weines als Coupierwein schmälernden) Alkoholgehaltes des gelieferten Weines erhobene Wandelungsklage für begründet erklärt und den Verkäufer (ausser der Erstattung der Transport- und Lagerspesen u. s. w.) zu einer Entschädigung von Fr. 750 „für entgangenen Gewinn" bezw. für die Einbusse, welche dem Käufer durch Beschaffung teuerer Ersatzware entstand, verurteilt. (Entsch. v. 16. Juli 1897 i. S. Kraft-Schwarz c. Hartter & Cie.)

---

**92.** *Art. 48 Ziffer 4, Art. 52 Ziffer 1 des B.-Ges. betr. die Organisation der Bundesrechtspflege. Art. 640, 655 Abs. 2, 846, 847 O. R. Die Kompetenz des Bundesgerichts als einzige Instanz in Civilstreitigkeiten ist auf vermögensrechtliche Streitigkeiten beschränkt. —*

*Streitwertsberechnung bei Anfechtung von Beschlüssen der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft. — Recht des Einzelaktionärs zu Anfechtung statutenwidriger Beschlüsse. — Unzulässigkeit der Umgehung gesetzlicher oder statutarischer Stimmrechtsbeschränkungen durch Verteilung von Inhaberaktien an Strohmänner. Beweislast.*

Der Kanton St. Gallen hat als Inhaber von 5000 Aktien (zu Fr. 500) der Toggenburger Bahn-Gesellschaft beim Bundesgerichte Klage gegen diese Gesellschaft erhoben mit dem Antrage, zwei von der Generalversammlung derselben am 25. Juni 1896 auf Antrag des Aktionärs B.-H. gefasste Beschlüsse seien als ungültig aufzuheben, weil dieselben durch gesetz- und statutenwidrige Stimmenverteilung seitens einzelner Grossaktionäre zu Stande gekommen seien.

Das Beweisverfahren ergab, dass bei der Generalversammlung vom 25. Juni 1896 eine grössere Anzahl der Teilnehmer nicht Eigentümer der Aktien, für welche sie Stimme abgaben, waren, sondern die Aktien vom Aktionär B.-H. erhalten hatten, um mit denselben in der Generalversammlung zu stimmen, bezw. die statutenmässige Maximalbeschränkung des Stimmrechts zu umgehen. Die von diesen Strohmännern abgegebenen Stimmen konnten auf das Ergebnis der Abstimmung entscheidenden Einfluss ausgeübt haben. Das Bundesgericht hat sich zu Beurteilung der Klage kompetent erklärt und hat dieselbe gutgeheissen. Hinsichtlich der Kompetenz des Bundesgerichts wird ausgeführt: Da einerseits der Kläger ein Kanton ist, und andrerseits die Statuten der beklagten Gesellschaft, welcher der Kläger als Aktionär angehört, in § 40 eine ausdrückliche Vereinbarung im Sinne des Art. 52 Ziffer 1 des Org.-Ges. enthalten, ist die Kompetenz des Bundesgerichts sowohl nach Art. 48 Ziffer 4 als nach Art. 52 Ziffer 1 des Org.-Ges. begründet, sofern die in diesen beiden Gesetzesbestimmungen enthaltene Voraussetzung zutrifft, dass es sich um eine vermögensrechtliche Klage mit einem Streitwert von mindestens 3000 Fr. handelt. Dass nämlich diese beiden Gesetzesstellen nur vermögensrechtliche Klagen im Auge haben, und demnach Streitigkeiten, welche eine andere Beschaffenheit haben, nicht darunter fallen, ergiebt sich ohne weiteres daraus, dass sie einen bestimmten Wert des Streitgegenstandes für die sachliche Zuständigkeit des Bundesgerichtes verlangen. Nun ist aber nicht bestritten, und vom Bundesgericht bereits in seiner Entscheidung in Sachen Ryf und Genossen c. die schweiz. N. O. B. (bundesger. Entsch. amtl. Sammlg Bd XX, S. 950 Erw. 5) anerkannt worden, dass Streitsachen vorliegen-

der Art dem Vermögensrecht angehören, und frägt es sich danach bloss, ob der erforderliche Streitwert von mindestens 3000 Fr. als gegeben zu betrachten sei. In dieser Hinsicht ist zunächst festzustellen, dass, da der Kläger lediglich in seiner Eigenschaft als Aktionär der beklagten Gesellschaft zur vorliegenden Klage legitimiert ist, auch nur das Interesse, welches er als Aktionär an der Aufhebung der angefochtenen Beschlüsse hat, in Betracht kommen kann, nicht dagegen auch anderweitige Interessen desselben, welche sich an die projektierte Rickenbahn knüpfen. Im vorliegenden Falle besteht jenes für die Bestimmung des Streitwertes massgebende Interesse des Klägers in dem Anspruch von 5000 Aktien im Betrage von $2^1/_2$ Millionen Franken auf Erhaltung ihres bisherigen Wertes und auf die statutengemässe Dividende, welche ohne die angefochtenen Beschlüsse zur Verteilung gekommen wäre. Darnach erscheint der erforderliche Streitwert von 3000 Fr. als gegeben, sofern die angefochtenen Beschlüsse auch nur eine Verminderung von nicht einmal 5 Cts. der Jahresdividende einer Aktie, oder von 250 Fr. von allen Aktien des Klägers, zur Folge haben können. Ob nun die angefochtenen Beschlüsse einen solchen Einfluss auf den Wert der Aktien auszuüben geeignet gewesen seien, ist allerdings nicht mit Sicherheit zu bestimmen, zumal durch dieselben weder Ausgaben dekretiert, noch irgend welche Verpflichtungen gegenüber Dritten eingegangen worden sind, noch der Verwaltungsrat zur Eingehung solcher Verpflichtungen ermächtigt worden ist; allein die Schwierigkeit der Schätzung des Streitwertes darf nicht dazu führen, vom Kläger einen besondern Nachweis des Streitwertes zu verlangen, vielmehr ist gerade in Fällen, wie der vorliegende, der gesetzliche Streitwert als vorhanden anzunehmen, sobald nur nicht gesagt werden muss, dass auch bei der dem Kläger günstigsten Berechnung sein Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Beschlüsse nicht den Betrag von 3000 Fr. erreiche. Letzteres ist jedoch im vorliegenden Fall um so weniger als feststehend anzunehmen, als in allgemeinen Generalversammlungen von Aktiengesellschaften, in welchen Beschlüsse von Strohmännern erwirkt werden, doch ungesunde Erscheinungen sind, welche sowohl auf den Gang der Verwaltung lähmend und hindernd einwirken, als auch den Kredit der Gesellschaft beeinträchtigen und so das finanzielle Resultat der Unternehmung gefährden können. Die Einrede der Inkompetenz des Bundesgerichts erweist sich demnach nicht als begründet.

In der Sache selbst führt das Bundesgericht aus, der

Kläger sei zur Klage legitimiert, da jeder Einzelaktionär in seiner Eigenschaft als Mitglied der Aktiengesellschaft ein Recht auf Innehaltung der Statuten als der Gesellschaftsverfassung besitze, ohne dass ihm dasselbe durch das Gesetz oder die Statuten noch besonders eingeräumt zu werden brauchte, und jede Statuten- oder Gesetzesverletzung zur Erhebung der Anfechtungsklage berechtige, sofern die Verletzung auf den angefochtenen Beschluss nicht ersichtlich einflusslos gewesen sei. Rechtsgrund der Anfechtungsklage könne daher ohne Zweifel auch die Verletzung einer Statuten- oder Gesetzesbestimmung sein, welche das Stimmrecht der Aktionäre normiert und eine gewisse Maximalbeschränkung aufstellt. Sodann wird bemerkt: Die Beklagte nimmt den Standpunkt ein, dass gegenüber Inhaberaktien eine Prüfung des Rechts oder Erwerbes des Inhabers unbedingt ausgeschlossen sei, der Besitz der Aktien somit die unbedingte, jeden Gegenbeweis ausschliessende Legitimation für die Ausübung der an die Aktien geknüpften Rechte bilde, so dass also dem Pseudo-Aktionär nicht entgegengehalten werden könne, dass die Form der Besitzübertragung missbraucht worden sei, um dem wirklichen Aktionär die Ausübung von Rechten zu ermöglichen, die ihm nach Gesetz oder Statuten nicht zustehen. Dieser Standpunkt basiert nicht auf einer besondern, speziell für die Inhaberaktien geltenden Gesetzesbestimmung, sondern darauf, dass allgemein bei Inhaberpapieren, nach den dieselben beherrschenden Grundsätzen, die Legitimationsprüfung gegenüber dem Präsentanten oder Inhaber ausgeschlossen sei, indem die Innehabung die einzige und durchschlagende Legitimation bilde, und diejenigen Personen, gegen welche ein Recht aus dem Inhaberpapier ausgeübt werden wolle, dem Inhaber gegenüber nicht berechtigt seien, sich auf dessen Nichtrecht zu berufen. Inwieweit nun nach dem eidg. O. R. diese Grundsätze auf diejenigen Inhaberpapiere, welche eine Schuldverschreibung auf den Inhaber enthalten, also auf Forderungspapiere, Anwendung finden, kann im vorliegenden Fall unerörtert bleiben, da die Aktien zu diesen Papieren nicht gehören, und sich insbesondere das Stimmrecht des Aktionärs nicht als ein Recht auf eine Leistung der Aktiengesellschaft, so wenig als das politische Stimmrecht als ein Recht auf eine Leistung des Staates oder der Gemeinde darstellt. Darnach greifen denn auch die von der Beklagten angerufenen Art. 846 und 847 O. R., welche sich nur auf Papiere, in welchen eine Leistung an den Inhaber versprochen ist, also auf Forderungspapiere, beziehen, in casu nicht Platz; sie könnten — wenigstens soweit darin

nicht ein vermögensrechtlicher Anspruch an die Gesellschaft für den Fall der Auflösung derselben dokumentiert ist — nur insofern analog angewendet werden, als angenommen werden müsste, das eidg. O. R. wolle in diesen Gesetzesbestimmungen eine Frage regeln, welche die Natur der Inhaberpapiere überhaupt betreffe, und daher auch alle andern derartigen Papiere, somit auch die Inhaberaktien angehe. Diese Annahme wäre jedoch durchaus unzutreffend. Insbesondere kann aus Art. 846 und 847 O. R. unmöglich gefolgert werden, dass der Gesetzgeber dem im Besitze von Aktien befindlichen Nichtaktionär gegenüber Einreden habe ausschliessen wollen, welche gegenüber dem wirklichen Aktionär kraft positiver Gesetzesbestimmung zulässig, also eigentlich aus dem Aktienrechte hergeleitet sind. Das Gesetz würde offenbar mit sich selbst in Widerspruch geraten, wenn es zuliesse, dass die Stimmrechtsbeschränkungen, welche es im Interesse der Aktiengesellschaften und der kleinern Aktionäre vorschreibt, oder doch als zulässig erklärt, in der Weise umgangen werden, dass ein Grossaktionär seine Aktien unter Strohmänner verteilt, und sich dadurch die nach Gesetz und Statuten unstatthafte Majorisierung der Generalversammlung sichert. Es ist klar, dass der in Art. 640 O. R. ausgesprochene besondere Grundsatz des Aktienrechts seine Bedeutung zum grössten Teile verlieren würde, wenn die Legitimation schlechthin durch den Besitz der Aktien geführt werden könnte und der Aktiengesellschaft, bezw. den übrigen Aktionären, nicht die Befugnis zustünde, dem Pseudoaktionär sein Nichtrecht entgegenzuhalten, sofern die Form der Besitzesübertragung zur Umgehung der Stimmrechtsbeschränkungen missbraucht werden will. Uebrigens ist diese Frage nicht bloss bezüglich der gesetzlichen und statutarischen Stimmrechtsbeschränkungen, sondern auch für die Anwendung des Art. 655 Abs. 2 O. R. von Bedeutung, welcher bestimmt, dass bei Beschlüssen über die Entlastung der Verwaltung betreffend die Geschäftsführung und Rechnungsablegung Personen, welche in irgend einer Weise an der Geschäftsführung teilgenommen haben, kein Stimmrecht besitzen. Auch diese Gesetzesvorschrift könnte natürlich auf die leichteste Weise umgangen und illusorisch gemacht werden, wenn den Mitgliedern der Verwaltung gestattet wäre, ihre Aktien, soweit sie dieselben nicht bei der Gesellschaft haben hinterlegen müssen, an Strohmänner zu verteilen und so für dieselben ein Stimmrecht zu schaffen.

Wenn nun die Beklagte weiter geltend macht, dass eine Umgehung des Art. 640 O. R. nur dann vorläge, wenn be-

wiesen wäre, dass den Pseudoaktionären von ihren Hintermännern die Pflicht überbunden worden wäre, an der Generalversammlung als ihre Stellvertreter und für ihre Anträge zu stimmen, nicht dagegen, wenn dieselben die volle Freiheit in der Stimmabgabe besessen haben, was in casu der Fall gewesen sei, so ist hierauf zu bemerken, dass eine Verletzung bezw. Umgehung sowohl des Art. 640 O. R., als des § 19 der Statuten der Beklagten offensichtlich immer schon dann vorliegt, wenn ein Aktionär in der Absicht, für die in seinem Eigentum stehenden Aktien mehr Stimmen zu schaffen und das Stimmrecht auszuüben, als ihm nach Gesetz oder Statuten zustehen, an Dritte zur Ausübung des Stimmrechts verteilt, ohne dieselben zugleich zum Eigentümer der Aktien zu machen. Die Frage kann daher nur die sein, ob B.-H. seinen Zweck, sich durch dieses Vorgehen die Majorität für seine Anträge zu sichern, erreicht, d. h. sein Vorgehen auf das Ergebnis der Abstimmungen der Generalversammlung, soweit sie angefochten sind, von Einfluss gewesen sei oder nicht. Müsste diese Frage verneint werden, so würde sich allerdings die Aufhebung der angefochtenen Beschlüsse nicht rechtfertigen; denn die Ungültigkeit der abgegebenen Stimmen kann die Ungültigkeit der unter Mitwirkung derselben gefassten Beschlüsse nur insofern zur Folge haben, als die zum Beschluss erhobenen Anträge, ohne die Mitzählung der ungültigen, die Mehrheit nicht erhalten hätten. Der Kläger hat daher darzuthun, dass die ungültigen Stimmen für das Abstimmungsergebnis von Einfluss haben sein können. Ein weiterer (meist unerbringlicher) Beweis dafür, dass die angefochtenen Beschlüsse auch wirklich auf den ungültigen Stimmen beruhen, kann dagegen dem Kläger nicht auferlegt werden, vielmehr liegt, sofern der Anfechtungskläger jenen Beweis erbracht hat, dann der Beweis dem Beklagten ob, dass die ungültigen Stimmen thatsächlich ohne Einfluss auf das Abstimmungsergebnis gewesen seien. (Entsch. v. 28. Mai 1897 i. S. St. Gallen c. Toggenburgerbahn.)

---

93. *Art. 50, 674, 726 O. R. Art. 674 O. R.* ***schliesst die Anwendung der allgemeinen Grundsätze der Art. 50 ff. O. R. über die Schadenersatzpflicht aus unerlaubter Handlung auf geschäftliche Handlungen des Verwaltungspersonals einer Aktiengesellschaft nicht aus. Derselbe betrifft auch die den Aktionären und Gesellschaftsgläubigern direkt (nicht durch Verminderung des Gesellschaftsvermögens) zugefügten Schädigungen. Dagegen ist sein Anwendungsgebiet auf die (absichtliche) Verletzung kontraktlicher, dem Verwal-***

*tungspersonal gegenüber der Aktiengesellschaft obliegenden Pflichten beschränkt. — Die Begebung einer Tratte enthält nicht die Zusicherung, dass der Trassat Deckung besitze. Bedeutung der Klausel: „Wert in Rechnung laut Bericht.“*

1. Art. 674 O. R. enthält allerdings für die Verwaltungs- und Aufsichtsorgane einer Aktiengesellschaft eine Erweiterung der Grundsätze über die Haftung für vertragliches Verschulden, indem er dieselben wegen absichtlicher Verletzung ihrer Verwaltungs- und Aufsichtspflichten nicht nur der Vertragspartei, der Aktiengesellschaft, sondern auch dritten Personen, den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern, gegenüber als verantwortlich erklärt. Allein die Meinung wäre irrig, dass mit dieser Erweiterung der Haftung über den Kreis der vertragschliessenden Parteien hinaus die Verantwortlichkeit der in Art. 674 genannten Personen für rechtswidriges Verhalten in ihrer geschäftlichen Stellung erschöpfend normiert sei, und deshalb neben Art. 674 die allgemeinen Grundsätze des Art. 50 u. ff. O. R. nicht Platz greifen können; denn es ist klar, dass das geschäftliche Verhalten einer Verwaltungsperson der Aktiengesellschaft eine Rechtswidrigkeit enthalten kann, ohne dass dadurch gerade eine Verwaltungspflicht verletzt zu werden brauchte. Sofern aber dies zutrifft, die mit der Verwaltung oder Kontrolle einer Aktiengesellschaft betrauten Personen in ihrer geschäftlichen Stellung sich also Handlungen zu Schulden kommen lassen, die, abgesehen von den bestehenden Verwaltungs- oder Aufsichtspflichten, ein Gebot der allgemeinen Rechtsordnung verletzen, so besteht kein Grund, warum nicht die in Art. 50 ff. enthaltenen Grundsätze über die Haftung für widerrechtliche Schadenszufügung nicht auch auf sie Anwendung finden sollten. Daraus, dass der Gesetzgeber durch Art. 674 eine Erweiterung der vertraglichen Haftpflicht der genannten Personen hat eintreten lassen, folgt in keiner Weise, dass er ihre gemeinrechtliche Haftung für ausserkontraktliche Verschuldung irgend wie habe beschränken wollen.

2. Die Haftung aus Art. 674 O. R. setzt nicht, wie etwa behauptet werden könnte, voraus, dass der Schaden, welcher den Aktionären oder Gesellschaftsgläubigern erwachsen ist, ihnen durch eine infolge der Pflichtverletzung der Verwaltungs- und Aufsichtsorgane eingetretene Verminderung des Vermögens der Aktiengesellschaft entstanden sein müsse; Art. 674 deckt vielmehr sowohl diesen Fall, als auch den andern, dass durch die Pflichtverletzung das Vermögen von Gesellschaftsgläubigern oder einzelnen Aktionären direkt (nicht durch

Schädigung des Gesellschaftsvermögens) geschädigt worden ist. Dies folgt unmittelbar aus dem Wortlaute des Gesetzes, welches für den Fall der absichtlichen Pflichtverletzung die mit der Verwaltung und Kontrolle betrauten Personen den einzelnen Aktionären und den Gesellschaftsgläubigern für allen entstandenen Schaden, schlechthin und ohne Unterscheidung, verantwortlich erklärt, und ist denn auch vom Bundesgericht bereits in seiner Entscheidung in Sachen Solothurn c. Kaiser vom 12./13. Oktober 1888 (A. Slg Bd XIV S. 693 E. 4) anerkannt worden (vgl. Wächter, Zeitschrift für schweizerisches Recht Bd VII. N. F. S. 381 u. ff.).

Dagegen ist Art. 674 R. O. allerdings, wie sein Wortlaut ergiebt, nur dann anwendbar, wenn der von einzelnen Aktionären oder Gesellschaftsgläubigern erlittene Schaden in kausalem Zusammenhang mit einer (absichtlich verübten) Verletzung der Verwaltungs- und Aufsichtspflichten steht, welche den mit der Verwaltung oder Kontrolle einer Aktiengesellschaft betrauten Personen dieser Gesellschaft gegenüber, kraft des zwischen ihnen bestehenden Vertragsverhältnisses obliegen.

3. Die Hingabe einer Tratte enthält durchaus nicht die Zusicherung, dass der Trassat für den trassierten Betrag Schuldner des Trassanten sei, sondern der Trassant giebt lediglich das Versprechen ab, dafür haften zu wollen, dass die Wechsel trassiertermassen akzeptiert und eingelöst werden, bezw. für die Regresssumme einstehen zu wollen. Wenn der Wechselnehmer sich mit diesem Versprechen des Trassanten nicht begnügen, sondern sich darüber Gewissheit verschaffen will, dass nach dem Verhältnisse zwischen Aussteller und Bezogenem letzterer Zahlung leisten müsse und werde, so muss er sich darüber anderweitig vergewissern, speziell dadurch, dass er die Tratte zum Akzepte präsentieren lässt. Die in den Wechseln enthaltene Bemerkung: „Wert in Rechnung laut Bericht," aus welcher die Klägerin die Zusicherung ableiten will, dass der Trassat für die Tratten Deckung besitze, enthält eine derartige Zusicherung in keiner Weise. Abgesehen davon, dass es sich dabei um eine formelhafte Klausel handelt, bezieht sich dieselbe gar nicht auf das Deckungs- sondern auf das Valutaverhältnis, d. h. sie bezieht sich nicht auf das Verhältnis zwischen Aussteller und Bezogenem, sondern auf dasjenige zwischen Trassanten und Remittenten. (Entsch. v. 9. Juli 1897 in Sachen Spar- und Leihkasse Bern c. Berner.)

---

94. *Art. 890 O. R. Der in diesem Artikel aufgestellte Vorbehalt kantonaler Spezialbestimmungen bezieht sich auf die Gewährleistung für zugesicherte Eigenschaften ebensowohl als auf die Gewähr für gesetzliche Hauptmängel.*

Ainsi que le Tribunal fédéral l'a déjà constaté dans son arrêt du 25 septembre 1896 en la cause Bloch c. de Gulich (Rec. off. XXII, page 868), la disposition de l'art. 890 C. O. n'a pas pour but d'exclure la matière dont elle s'occupe du champ d'application du droit mobilier unifié et de l'abandonner purement et simplement à la compétence législative des cantons; elle se borne à réserver les prescriptions spéciales, existantes ou à promulguer, des législations cantonales jusqu'au moment où une loi fédérale spéciale sera mise en vigueur. Dès lors, ce sont les dispositions du Code fédéral des obligations qui doivent faire règle lorsqu'il n'existe pas de prescriptions spéciales de la législation cantonale ou que ces prescriptions, soit celles du concordat, sont inapplicables, comme c'était le cas dans l'espèce Bloch c. de Gulich.

L'interprétation de l'art. 890 C. O. soulève une seconde question qui est de savoir si la réserve des lois cantonales n'a trait qu'à la garantie à raison des défauts de la chose vendue et plus spécialement à raison de ceux qualifiés par la loi ou le concordat de vices redhibitoires, ou bien si, au contraire, elle a trait à la garantie de tous les défauts quelconques et même à celle des qualités promises.

Le Tribunal supérieur du canton de Zurich a jugé que la réserve faite par l'art. 890 ne concerne que les vices redhibitoires légaux, c'est-à-dire désignés dans les lois cantonales ou le concordat du 15 août 1852 (Voir Rechenschaftsbericht, 1885, Nr. 50 et *Revue de jurispr. féd.* Vol. III, No. 168). La Cour d'appel du canton de Berne a jugé au contraire que l'art. 890 C. O. ne distingue pas entre la garantie des vices redhibitoires et celle des qualités promises, d'où il résulterait qu'il laisse à la législation cantonale le soin de régler ces deux garanties (Voir Zeitschr. d. bern. Jur. Ver., vol. XXXIII, pages 33 et suiv.).

La première opinion peut invoquer en sa faveur le texte français de l'art. 890 qui parle de vices redhibitoires et semble indiquer par ces mots les défauts du bétail désignés par les lois cantonales ou le concordat comme des causes de résiliation des ventes de bétail. Mais cet argument perd toute valeur si l'on considère que le texte allemand de l'art. 890, qui est le texte original, parle simplement de la garantie des défauts (Mängel) et évite le terme de „Viehhauptmängel,“

qui est celui employé par le concordat du 15 août 1852 et correspond aux termes français de vices redhibitoires. Il est à remarquer en outre que l'art. 243 C. O., qui dispose que le vendeur est tenu de garantir l'acheteur tant à raison des qualités promises qu'à raison des défauts qui enlèvent à la chose sa valeur ou son utilité prévue, se trouve placé sous la rubrique „de la garantie des défauts de la chose vendue," dans laquelle le mot défaut désigne par conséquent non seulement les défauts proprement dits, mais aussi l'absence de qualités promises.

La manière de voir admise par la Cour d'appel de Berne se justifie d'autre part par la considération qu'il n'y a pas de différence fondamentale entre le cas où la chose vendue se trouve privée de qualités expressément promises et celui où, ayant été vendue sans indication de qualités spéciales et acceptée tacitement comme normale et de qualité moyenne, elle se trouve ensuite affectée de défauts, c'est-à-dire privée de qualités tacitement admises comme existantes. Dans les deux cas il s'agit de défauts de la chose vendue, le défaut n'étant pas autre chose que l'absence d'une qualité, et l'on ne voit pas pour quel motif l'art. 890 C. O. ne devrait s'appliquer qu'à la seule garantie des défauts consistant dans l'absence de qualités tacitement admises. Le sens de cette disposition résulte d'ailleurs de son but. Tandis qu'il réglait aux art. 243 et suiv. C. O. ce qui a trait à la garantie des défauts (et des qualités promises) dans la vente mobilière en général, le législateur fédéral a entendu réserver, en ce qui concerne le commerce du bétail, les dispositions existantes ou à promulguer des législations cantonales. Déjà à l'époque de l'adoption du C. O., certaines législations cantonales excluaient dans le commerce du bétail, toute autre garantie que celle donnée par écrit, et cela aussi bien en ce qui concerne les qualités promises de l'animal vendu que ses défauts proprement dits (voir loi lucernoise du 16 sept. 1867). Or rien n'indique que ces prescriptions des législations cantonales ne fussent pas entièrement comprises dans la réserve de l'art. 890 C. O. et que l'entrée en vigueur de ce Code dût avoir pour effet de les abroger en tant qu'elles exigeaient la forme écrite, contrairement aux art. 243 et suiv. C. O., pour toute promesse de qualité. On doit donc admettre que la réserve de l'art. 890 s'applique à la garantie des défauts au sens large, c'est-à-dire à la garantie des qualités promises aussi bien que des défauts proprement dits. (Entsch. vom 12. Juni 1897 i. S. Vernet c. Ziegler.)

95. *Art. 50, 52 Ziffer 1 des B.-Ges. betr. die Organisation der Bundesrechtspflege. Art. 43 des B.-Ges. betr. die Verantwortlichkeit der eidgenössischen Behörden und Beamten vom 9. Dezember 1850. Gerichtsstand für Schadenersatzklagen von Privaten gegen eidgenössische Beamte aus rechtswidrigen Amtshandlungen.*

H. W. u. Cie in Brüssel haben, nachdem sie sich vorher mit ihrer Klage vergeblich an den Bundesrat gewandt hatten, beim Bundesgerichte eine auf eine Amtshandlung desselben gestützte Schadenersatzklage gegen den Direktor des I. eidg. Zollgebietes in Basel, F., eingereicht. Sie beantragen unter Berufung auf Art. 43 des B.-Ges. über die Verantwortlichkeit der eidgen. Behörden und Beamten vom 9. Dezember 1850:

a) Es sei durch das Bundesgericht in allen Fällen die gemäss Art. 43 des citierten Bundesgesetzes von der Klägerin vorerst für die entspringenden Kosten zu leistende Kaution zu bestimmen.

b) Der Beklagte sei zur Bezahlung einer Summe von 3604 Fr. 75 Rp. an die Klägerin zu verurteilen, nebst Zins seit dem 25. Januar 1897, unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Das Bundesgericht hat die Klage wegen Inkompetenz von der Hand gewiesen, dagegen die vom Kläger zu leistende Kaution festgesetzt aus folgenden Gründen:

Da die vorliegende Klage nicht gegen den Bund, sondern gegen einen Privaten gerichtet ist, und auch eine Prorogation an das Bundesgericht im Sinne des Art. 52 Ziff. 1 des Org. Ges. nicht stattgefunden hat, könnte die Kompetenz desselben, als einziger Civilgerichtsinstanz, nur auf Art. 50 Org. Ges. gegründet werden, wonach das Bundesgericht, ausser den im Org. Ges. selbst normierten Fällen, zur erst- und letztinstanzlichen Entscheidung aller derjenigen civilrechtlichen Streitigkeiten kompetent ist, welche durch bundesgesetzliche Bestimmungen seiner ausschliesslichen Beurteilung unterstellt sind. Die Klägerin ist nun davon ausgegangen, dass gestützt auf Art. 50 Org. G. die Kompetenz des Bundesgerichts in der That gegeben sei, indem das Verantwortlichkeitsgesetz vom 9. Dezember 1850 die Beurteilung von Civilklagen Privater gegen eidgenössische Beamte wegen gesetzwidriger Amtsführung der ausschliesslichen Beurteilung des Bundesgerichts unterstelle. Eine derartige Bestimmung enthält jedoch das angerufene Bundesgesetz nicht. Für die Auffassung der Klägerin könnte höchstens die Vorschrift in Art. 43 dieses Gesetzes als Indizium angerufen werden, dass die bei derartigen Klagen zu leistende Kaution vom Bundesgerichte zu bestimmen ist. Allein die Kompetenz zur Bestimmung dieser

Kaution steht mit der Gerichtsstandsfrage keineswegs in so engem Zusammenhang, dass sie die Kompetenz in der Hauptsache zur notwendigen Voraussetzung hätte. Mit der in Art. 43 des Bundesgesetzes vom 9. Dezember 1850 vorgeschriebenen Kaution ist augenscheinlich nicht die gewöhnliche Prozesskaution im Sinne des Art. 26 der eidgen. C. P. O., über welche allerdings nur das in der Hauptsache kompetente Gericht zu bestimmen hat, gemeint. Denn Art. 43 des B.-Ges. vom 9. Dezember 1850 statuiert die Kautionspflicht ganz unabhängig von der grössern oder geringern Sicherheit, die der jeweilige Kläger für Bezahlung der Prozesskosten gewährt; es soll also mit der in Art. 43 leg. cit. vorgeschriebenen Kautionsauflage offenbar nicht bloss für diese Sicherheit gesorgt, sondern noch der weitere Zweck verfolgt werden, die eidgenössischen Beamten überhaupt vor unüberlegter, leichtfertiger Belangung aus dem Verantwortlichkeitsgesetz zu schützen; die Obsorge hiefür nun konnte der Gesetzgeber ganz wohl dem Bundesgerichte auch dann übertragen, wenn er die materielle Entscheidung nicht in dessen ausschliessliche Kompetenz legte. Fehlt es aber nach dem Gesagten an einer bundesgesetzlichen Bestimmung, nach welcher die vorliegende Streitigkeit der ausschliesslichen Beurteilung des Bundesgerichts unterstellt wäre, so greifen die allgemeinen Gerichtsstandsnormen Platz, kraft welcher der Beklagte für persönliche Ansprüche bei dem Gerichte seines Wohnortes gesucht werden muss.

Da der Kläger das Begehren gestellt hat, das Bundesgericht möge auf alle Fälle, also auch für den Fall, dass es sich in der Hauptsache inkompetent erklärt, jetzt schon die in Art. 43 leg. cit. vorgeschriebene Kaution festsetzen, und die Kompetenz hiezu dem Bundesgerichte, unabhängig von der Kompetenzfrage rücksichtlich der Hauptsache, zusteht, so ist auch diese Kaution zu bestimmen; dieselbe wird auf 800 Fr. angesetzt, und ist bei der Bundesgerichtskanzlei zu leisten. (Entsch. i. S. Weibel & Cie c. Fehr v. 17./23. Juni 1897.)

---

**96.** *Bundesgesetz betreffend die Rechtsverhältnisse der Verbindungsgeleise zwischen den schweizerischen Eisenbahnen und gewerblichen Anstalten vom 19. Dezember 1874, Art. 1 u. 5. Kompetenz des Bundesgerichts. — Rechtsverhältnis zwischen Eigentümer und Mitbenützer eines Verbindungsgeleises.*

1. Zur Beurteilung von Streitigkeiten zwischen Eigentümer und Mitbenützer eines Verbindungsgeleises über eine

vom erstern begehrte Erhöhung der vertraglich normierten Entschädigung für die Mitbenutzung ist das Bundesgericht kompetent, da es sich dabei nicht um die Auslegung von Vertragsbestimmungen, sondern um die direkt an Hand der Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 19. Dezember 1874 zu lösende Frage handelt, ob trotz des Vertrages eine Erhöhung der Leistungen des Mitbenützers verlangt werden könne.

2. Wenn seit der zwischen dem Eigentümer und dem Mitbenützer des Verbindungsgeleises getroffenen Vereinbarung über die Höhe der Entschädigung infolge von durch betriebstechnische Aenderungen der Hauptbahn nötig gewordenen Umbauten die Anlagekosten des Verbindungsgeleises sich wesentlich erhöht haben, so ist der Eigentümer berechtigt zu verlangen, dass die Entschädigung auf Grund der neuen Sachlage neu bestimmt werde, sofern wenigstens die früher getroffene Vereinbarung dies nicht ausdrücklich ausschliesst. (Entsch. vom 14. Juli 1897 in S. Weber c. Lüchinger.)

---

97. *Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Juni 1881, Art 1 u. 2. Der Betriebsunternehmer haftet (abgesehen von Verbrechen oder Vergehen) auch für Verschulden gewöhnlicher Mitarbeiter des Verunglückten.*

Beim Bau der Eisenbahnlinie Zug-Goldau ist der im Dienste der beklagten Bauunternehmung H. u. Cie stehende Arbeiter T. V. dadurch getötet worden, dass er von einem auf einem Arbeitsgeleise im Gefälle in rasche Bewegung geratenen umkippenden Rollwagen an einer Stelle, wo das Geleise auf einem Gerüste eine Strasse überschritt, in die Tiefe gerissen wurde. Sowohl der Verunglückte T. V. als sein Mitarbeiter M., welche den Rollwagen zu bedienen hatten, hatten denselben nicht hinlänglich gebremst, und dadurch die zu rasche Fortbewegung desselben verursacht. Das Bundesgericht erblickte hierin ein Verschulden der beiden Arbeiter; auf Klage der Hinterlassenen des T. V. hin erklärte es den Bauunternehmer als für das Verschulden des Mitarbeiters M. verantwortlich und verurteilte denselben zu einer (mit Rücksicht auf das konkurrierende eigene Verschulden des Verunglückten reduzierten) Entschädigung, aus folgenden Gründen:

Für das konkurrierende Verschulden des Mitarbeiters M. haben die Beklagten einzustehen. Es liegt in der menschlichen Natur, dass die Aufmerksamkeit von einer anhaltenden

Arbeit, die man besorgt, besonders wenn diese eine gleichförmige ist, leicht vorübergehend abgelenkt wird, oder aus anderen Gründen momentan nachlässt; ebenso werden Missgriffe und Ungeschicklichkeiten nie gänzlich vermieden werden können. Solche Unvollkommenheiten, die wohl an sich ein Verschulden des Betreffenden konstituieren können, haften namentlich auch jedem gewerblichen Betriebe an, in dem eine grössere Anzahl von Arbeitern und daneben mechanische Kräfte verwendet werden, und es dürfen deshalb füglich die daraus sich ergebenden Gefahren, wenn sie nicht dem Verunglückten selbst zur Last fallen, als solche erklärt werden, die dem Betrieb als solchem innewohnen, und für die der Arbeitgeber, wie für eigentliche Zufälligkeiten, einzustehen hat. Auf diesem Boden steht aber offenbar Art. 2 des Bundesgesetzes über die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb, wo die eigentliche Haftung für die Betriebsgefahr statuiert und wo das Verschulden dritter Personen, darunter der gewöhnlichen Mitarbeiter, nur dann als Befreiungsgrund für den Haftpflichtigen anerkannt ist, wenn sich dasselbe als ein „Verbrechen oder Vergehen“ qualifiziert. Man könnte einwenden, dass die Haftung des Unternehmers für Dritte in Art. 1 l. c. normiert und dass hier ein Einstehen desselben für das Verschulden eines gewöhnlichen Mitarbeiters nicht vorgesehen sei. Dem gegenüber ist jedoch zu bemerken: Die Art. 1 u. 2 des Fabrikhaftpflichtgesetzes beruhen augenscheinlich auf zwei verschiedenen rechtlichen Prinzipien. Der Rechtsgrund für die Haftung nach Art. 1 ist im gemeinrechtlichen Culpaprinzip zu suchen, und es stellt sich dieselbe als ein Spezialfall der culpa in eligendo vel inspiciendo dar. In Art. 2 dagegen hat der modernrechtliche Gedanke Ausdruck gefunden, dass die ordentlichen Gefahren eines Betriebes von demjenigen zu tragen seien, dessen Interessen derselbe dient. Wäre nun Art. 1 weggelassen worden, so würde sich die Haftung des Unternehmers wegen eigenen Verschuldens und wegen Verschuldens seiner Angestellten oder Arbeiter nach den einschlägigen allgemeinen Bestimmungen über Haftung aus Verschulden richten. Dies wollte der Gesetzgeber aber offenbar nicht; sondern er wollte die Haftung des Unternehmers in ihrer Gesamtheit in singulärer Weise ordnen. Wenn er einerseits die Haftbarkeit erschwerte dadurch, dass er, abgesehen von den Fällen von Selbstverschulden oder eines Verbrechens oder Vergehens eines Dritten, den Unternehmer für alle Betriebsunfälle bis zur höhern Gewalt haften liess, so wollte er dann andrerseits denselben auch bei Haftpflicht

wegen eigenen Verschuldens oder wegen Verschuldens seiner Leute der mildern Behandlung mit Bezug namentlich auf die Höhe der Entschädigung teilhaftig sein lassen. Zu diesem Zwecke musste aber notwendigerweise eine Bestimmung in das Gesetz aufgenommen werden, die die letztere Haftung speziell ordnete. Es hat somit Art. 1 des Fabrikhaftpflichtgesetzes, mag derselbe immerhin nach der innern Oekonomie desselben in der Hauptsache als überflüssig erscheinen, doch nach aussen für das Verhältnis zum gemeinen Recht die wesentliche Bedeutung, dass dadurch in unzweideutiger Weise die Haftung des Unternehmers für eigenes und für Verschulden seiner Leute aus dem gemeinen Recht ausgeschieden und den besondern Normen des Haftpflichtgesetzes unterstellt wird. Ueberdies umfasst Art. 1 auch gewisse Fälle, die nicht unter Art. 2 fallen, indem nach ausdrücklicher Vorschrift bei Vergehen oder Verbrechen der in Art. 1 genannten Personen Art. 2 nicht zutrifft, die Haftung des Unternehmers somit nur mit Art. 1 begründet werden kann. Endlich ist zu beachten, dass das Mass der Haftung in den Fällen des Art. 1 ein anderes ist, als in denjenigen des Art. 2. Denn bei der Haftpflicht für Zufall nach Art. 2 hat nach Art. 5 litt. a eine billige Reduktion Platz zu greifen. Es kann somit keineswegs gesagt werden, dass Art. 1, wenn für gewöhnliches Verschulden irgend eines Dritten der Unternehmer schon nach Art. 2 haften würde, überflüssig wäre, und es darf dieses Argument der Annahme, dass nach Art. 2 der Arbeitgeber ein gewöhnliches Verschulden eines Mitarbeiters vertreten müsse, nicht entgegengehalten werden. Mit aller Deutlichkeit ist denn auch in der bundesrätlichen Botschaft ausgesprochen, dass bei konkurrierendem Verschulden des Verletzten und Getöteten mit einem solchen eines Dritten die Haftpflicht nicht ausgeschlossen, sondern nur reduziert sei (B. B. 1880, IV S. 569); mit andern Worten, es hat der Arbeitgeber für das gewöhnliche Verschulden eines Dritten, also auch eines Mitarbeiters, einzustehen; vgl. auch Zeerleder, die schweizer. Haftpflichtgesetzgebung, S. 62 ff.; Soldan, La responsabilité des fabricants etc. S. 39 ff.; Forestier, La notion de la faute dans l'application des lois fédérales spéciales sur la responsabilité civile en matière d'accidents de transport et de travail, S. 153 ff. (Entsch. v. 14. Juli 1897 i. S. Viglia c. Hitz & Cie.)

---

**98.** *Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Juni 1881, Art. 6 litt. b. Begriff der Erwerbsfähigkeit. Dauernde Verminderung derselben, trotz des Mangels eines bleibenden körperlichen Nachteils bei Bruchaustritt..*

Ein Unfall kann die Erwerbsfähigkeit des von ihm Betroffenen auch beeinträchtigen, ohne dass äusserlich eine Veränderung der körperlichen Beschaffenheit gegenüber früher vor sich gegangen zu sein braucht. Es kann — und hierauf kommt es an — auch ohne das die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Verletzten durch den Unfall herabgesetzt werden, sei es, dass dessen physische Folgen hemmend auf dieselbe einwirken, oder dass die Leistungsfähigkeit des durch den Unfall Betroffenen wegen desselben allgemein in den Kreisen, wo er seinen Erwerb findet, als minderwertig betrachtet wird. Erfahrungsgemäss trifft nun jedenfalls das letztere dieser für die Erwerbsmöglichkeit erheblichen Momente bei solchen Arbeitern zu, die einmal an einem Bruche gelitten haben, wenn dieser auch von selbst oder infolge Tragens eines Bruchbandes geheilt und nur die Bruchanlage übrig geblieben ist. Diese haben auf dem Markt der Arbeitskräfte nicht mehr denselben Wert, wie vorher, ihre Erwerbsfähigkeit ist thatsächlich deshalb, weil man weiss, dass sie „gebrochen" sind, in gewissem Masse beeinträchtigt. Aber auch das erwähnte subjektive Moment wird meist in derartigen Fällen zutreffen, da sich derjenige, der einmal durch einen Bruchaustritt auf eine Bruchanlage aufmerksam geworden ist, solange wenigstens, als diese noch vorhanden ist, weniger mehr zutraut und auf diese Weise ebenfalls an Erwerbskraft und Tüchtigkeit einbüsst, wie er denn auch nach dem Bruchaustritt vorsichtshalber ein Bruchband wird tragen müssen. Freilich dürfen diese dauernden Folgen des Unfalls nicht zu hoch angeschlagen werden, und ferner ist zu berücksichtigen, dass bei vorhandener Bruchanlage schon vorher stets die Gefahr eines Austritts vorhanden war.

In Anwendung dieser Grundsätze hat das Bundesgericht einen Arbeiter, bei welchem infolge einer zeitlich genau festgestellten Ueberanstrengung bei der Arbeit ein Bruchaustritt erfolgte, eine Entschädigung (von Fr. 350) für bleibende Minderung seiner Erwerbsfähigkeit zugesprochen, obschon die medizinischen Experten konstatiert hatten, dass der Bruch durch Reposition geheilt sei und dass nach wie vor nur eine Bruchdisposition vorhanden sei, wie eine solche schon seit Jahren existiert habe. (Entsch. v. 24. Juni 1897 i. S. Brunner c. Fischer u. Schmutziger.)

**99.** *Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Juni 1881, Art. 6, Abs. 6. Art. 8. In Fabrikhaftsachen ist jede Nachklage aus dem Recht des Verletzten ohne Rücksicht auf die Bestimmungen der kantonalen Prozessordnungen über die Revision von Urteilen ausgeschlossen, wenn in dem über die Haftpflichtklage ergangenen Urteile kein Rektifikationsvorbehalt aufgenommen worden ist oder nicht wenigstens in dem demselben vorangegangenen Verfahren die Aufnahme eines solchen Vorbehalts beantragt war.*

Dem in der Fabrik der Beklagten angestellten Arbeiter J. H. war durch rechtskräftig gewordenes Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern vom 16. Oktober 1891 wegen eines am 1. Oktober 1889 beim Fabrikbetriebe erlittenen Unfalls eine Entschädigung von Fr. 128.46 für entgangenen Arbeitslohn zugesprochen worden. Seine Ansprüche auf Entschädigung wegen dauernder gänzlicher Erwerbsunfähigkeit waren gestützt auf die erhobenen ärztlichen Gutachten abgewiesen worden. Die Aufnahme eines Rektifikationsvorbehaltes im Sinne des Art. 8 des Fabrikhaftpflichtgesetzes war nicht beantragt worden und nicht erfolgt. Bald nach dem Urteile vom 16. Oktober 1891 verschlimmerte sich der Zustand des J. H. und es ist derselbe am 31. Mai 1894 an den Folgen einer tuberkulösen Wirbelerkrankung, welche nach eingeholtem ärztlichen Gutachten durch den Unfall verursacht wurde, gestorben. Seine Erben suchten nun am 28. Mai 1895 beim Obergericht des Kantons Luzern, gestützt auf die Vorschriften der kantonalen Zivilprozessordnung, um Revision jenes Urteils vom 16. Oktober 1891 nach, und es wurde ihnen dieselbe durch Urteil vom 4. Oktober 1895 bewilligt. Sie klagten nun beim Bezirksgerichte Luzern auf Bezahlung einer Entschädigung von Fr. 6000, sowie auf Ersatz weiterer Verpflegungs- und Arztkosten u. s. w. Durch Urteil vom 30. Januar 1897 hat das Obergericht des Kantons Luzern die Beklagte verurteilt, den Klägern zu bezahlen: a) an Taglohnentschädigung Fr. 3000, b) an Verpflegungskosten Fr. 300, c) an Gutachtenkosten Fr. 233. 10. Das Bundesgericht dagegen hat die Klage abgewiesen, aus folgenden Gründen:

Mit der heutigen Klage verlangen die Kläger gemäss dem Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb von der Beklagten Ersatz desjenigen Schadens, der ihrem Rechtsvorfahr aus dem Unfall vom 1. August 1889 erwachsen ist. Sie ist also eine Fortsetzung der früher von H., Vater, selbst gestellten Klage. Begründet wird sie damit, dass die Folgen des Unfalles sich seit Erlass des rechtskräf-

tig gewordenen obergerichtlichen Urteils vom 16. Oktober 1891 verschlimmert haben. Dies ist nun aber gerade der Fall, der in Art. 8 des Bundesgesetzes betr. die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vorgesehen und geregelt ist; die heutige Klage ist daher ihrer rechtlichen Natur nach nichts anderes als eine Nachklage im Sinne des Art. 8 leg. cit. Diese Bestimmung aber geht den kantonalrechtlichen Bestimmungen betreffend Revision unter allen Umständen vor; wo sie statt hat, ist für die Anwendung der letzteren kein Raum.

Die Zulässigkeit dieser Nachklage nun ist vom Bundesgerichte selbständig zu prüfen, ohne dass es an den Umstand, dass die kantonalen Instanzen die „Revision" zugelassen haben, gebunden wäre, da es sich hiebei einzig und allein um die Auslegung von Bundesrecht handelt. Danach ist aber die Zulässigkeit der heutigen Klage zu verneinen. Denn nach Art. 8 Bundesges. betr. die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb ist unerlässliche Voraussetzung der Nachklage, dass der Rektifikationsvorbehalt entweder auf Begehren der Kläger oder von Amts wegen in das Urteil aufgenommen worden ist (vgl. amtl. Sammlg der bundesger. Entsch. Bd XX, S. 429). Es kann auch nicht etwa gesagt werden, zur Aufnahme jenes Vorbehaltes sei keine Veranlassung gewesen, da die Folgen nach der damaligen Aktenlage ganz abgeklärt geschienen haben; der Kläger hätte wenigstens, damit später eine Revisionsklage zulässig gewesen wäre, das Begehren um Aufnahme des Rektifikationsvorbehaltes stellen sollen: wäre dieses abgewiesen worden, so wäre die Revision mit Recht als begründet erklärt worden. Jenes notwendige Erfordernis nun mangelt hier, und deshalb ist die Klage abzuweisen, denn eine weitere Haftpflicht des Fabrikherrn erlischt, den Fall des Vorbehaltes der Nachklage ausgenommen, gemäss Art. 6, Abs. 6 Fabrikhaftpflichtgesetz mit dem Tage, an welchem der definitive Urteilsspruch in Kraft tritt; dies war in concreto der Tag, an welchem das obergerichtliche Urteil vom 11. Oktober 1891 rechtskräftig geworden ist. (Entsch. v. 21. April 1897 i. S. Huwyler c. Papierfabrik Perlen.)

---

**100.** *Bundesgesetz betreffend die Erfindungspatente vom 29. Juni 1888, Art. 5 und 10. Lizenzvertrag oder partielle Abtretung des Patents? Ausdehnung der Gewährspflicht des Abtreters.*

K. v. M. in Zürich hatte der Maschinenbaugesellschaft Basel durch Vertrag vom 3. August 1894 „eine Lizenz des schweizerischen Patents Nr. 6676 betreffend einen Apparat zur Herstellung von künstlichen Steinen" verkauft. Nach § 1 des

Vertrages gewährt die Lizenz das ausschliessliche und alleinige Recht zur Herstellung und zum Gebrauch des patentierten Apparates Nr. 6676 in den Kantonen Baselstadt, Baselland, Solothurn und einem Teil von Aargau und Bern. Im übrigen sind folgende Bestimmungen des Vertrages hervorzuheben: „§ 2. Der Kaufpreis für die Lizenz beträgt 10,000 Fr., zahlbar in 4 Raten und zwar 2500 Fr. bei Inkrafttreten des Vertrages, der Rest in jährlichen Raten jeweilen am Datum des Vertragsschlusses. Dieser Vertrag tritt erst in Kraft 8 Tage nach Erhalt von Versuchsresultaten der eidgen. Anstalt zur Prüfung von Baumaterialien über fabrizierte Steine, die eine Druckfestigkeit von mindestens 200 Kilo per Quadratcentimeter aufweisen.“ Am 31. Oktober 1894 sandte der Kläger der Beklagten den Befundbericht der eidg. Prüfungsanstalt über 4 künstliche Steinwürfel, welche am 10. Oktober 1894 nach Patent Nr. 6676 hergestellt worden waren, und eine Druckfestigkeit von 302 Kilo per Quadratcentimeter ergeben hatten. Darauf bezahlte die Beklagte am 6. November 1894 dem Kläger 2500 Fr. als erste Rate der im Vertrag vom 3. August ausbedungenen Lizenzgebühr. Am 29. Dezember 1895 sandte der Kläger der Beklagten 5 Rechnungen derselben zur Verrechnung mit der 2. Rate der Lizenzgebühr und ersuchte um Anweisung des Restes. Daraufhin quittierte die Beklagte mit Brief vom 31. Dezember 1895 die betreffenden Rechnungen im Betrage von 825 Fr., ersuchte jedoch den Kläger, mit dem Restbetrag noch zu warten, bis sie günstige Resultate mit der Fabrikation der Kunststeine erzielt habe. Der Kläger antwortete, die Gültigkeit des Vertrages sei an keine andere Bedingung als die Druckfestigkeit der Steine geknüpft, und Beklagte daher zur Zahlung der 2. Rate pflichtig. Die Beklagte sandte dann am 24./29. Januar 1896 der eidg. Materialprüfungsanstalt eine Anzahl von ihr fabrizierter Kunststeine zur Prüfung auf Frostbeständigkeit und Druckfestigkeit ein. Die am 10. März gl. J. vorgenommene Prüfung ergab hinsichtlich der Frostbeständigkeit ein ungünstiges Resultat, diejenige der Druckfestigkeit im Mittel eine solche Festigkeit von 219 Kilo per Quadratcentimeter. Die Druckfestigkeit der dem Froste ausgesetzten Steinwürfel hatte wegen starker Frostbeschädigung nicht bestimmt werden können. In einem Briefe vom 28. April 1896 bemerkte die Beklagte, dass es ihr bis jetzt nicht gelungen sei, nach dem vom Kläger gekauften Verfahren regelrecht zu fabrizieren, und dies der einzige Grund sei, warum sie mit der Zahlung zögere. Der Kläger sei verpflichtet, die Beklagte so zu instruieren,

dass sie anstandslos ein gutes, brauchbares Material fabrizieren könne. Darauf erhob der Kläger am 18. Mai 1896 gegen die Beklagte Klage mit dem Rechtsbegehren, dieselbe sei zur Haltung des Vertrages vom 3. August 1894, zur Zahlung der auf Grund dieses Vertrages fälligen Fr. 1674. 25, nebst Zins zu 5% seit 5. August 1895 und zu sämtlichen Kosten zu verurteilen.

Die Beklagte trug auf Abweisung der Klage und widerklagend darauf an, es sei der Kläger und Widerbeklagte zur Rückzahlung der empfangenen Fr. 3325 nebst Zins zu 5% vom Tage der Widerklage an zu verurteilen. Sie machte wesentlich geltend, der Kläger sei verpflichtet, sie in den Stand zu setzen, vermittelst des patentierten Apparates nicht nur künstliche Steine schlechthin, sondern solche Steine zu erstellen, welche fest und dauerhaft seien. Diese Verpflichtung habe er nicht erfüllt und könne er nicht erfüllen, und der Vertrag sei daher aufzuheben.

Das Bundesgericht hat in Bestätigung der Urteile der baslerischen Gerichte die Klage gutgeheissen, die Widerklage dagegen abgewiesen. Aus den Gründen ist hervorzuheben: Der Gegenstand des Vertrages vom 3. August 1894 besteht in dem der Beklagten einzuräumenden Recht, den durch das eidg. Patent Nr. 6676 geschützten Apparat (Formkasten) in dem in Art. 1 des Vertrages näher bezeichneten Gebiete der Schweiz allein und ausschliesslich herzustellen und zu gebrauchen. Es handelt sich also um die Abtretung des ausschliesslichen Rechts zur Ausbeutung einer Erfindung seitens des Klägers an die Beklagte auf einem gewissen Gebiete, und es war somit ungenau, wenn die Parteien von einer Lizenzerteilung gesprochen haben, indem gemäss Art. 5 des Bundesgesetzes betreffend die Erfindungspatente vom 29. Juni 1888 die Lizenz bloss in der Ermächtigung eines Dritten zur Benutzung der Erfindung besteht, während hier, wie bemerkt, der Beklagten nicht nur eine solche Ermächtigung, sondern das ausschliessliche Recht zur Ausbeutung in dem genannten Gebiet eingeräumt worden ist, worin nicht bloss eine Lizenzerteilung, sondern eine örtlich beschränkte Abtretung des Rechts aus dem Patente liegt. Die zu entscheidende Frage geht somit dahin, ob der Kläger dadurch, dass er der Beklagten für ein bestimmtes Gebiet das ausschliessliche Recht zur Ausbeutung des patentierten Formkastens abtrat, ausser der in Art. 8 des Vertrages enthaltenen, ausdrücklichen Zusicherung, die Gewähr auch dafür übernommen habe, dass sich mit diesem Apparat Steine von einer bestimmten Gebrauchstüchtig-

keit, insbesondere frostbeständige Steine herstellen lassen. Aus den allgemeinen, die Abtretung von Rechten beherrschenden Grundsätzen folgt nun allerdings, dass der Kläger für den Bestand des abgetretenen Rechts einzustehen hat; er haftet der Beklagten also, ohne besondere Zusicherung, auf Grund des Abtretungsvertrages dafür, dass das Patent Nr. 6676 zu Recht bestehe, und damit auch für die gewerbliche Verwertbarkeit der Erfindung; denn ohne diese Eigenschaft unterliegt das Patent gemäss Art. 10 des Bundesgesetzes vom 29. Juni 1888 der Anfechtung wegen Nichtigkeit. Dass Kläger in dieser Beziehung den Vertrag erfüllt habe, ist nun aber von der Beklagten nicht bestritten worden. Die Beklagte hat weder in Widerspruch gesetzt, dass die Erfindung eine gewerbliche Ausführung überhaupt gestatte, noch geltend gemacht, dass dieselbe, sofern dadurch keine frostbeständigen Kunststeine erzielt werden können, sich nicht als ein Gut erweise, welches irgendwie zur Befriedigung eines menschlichen Bedürfnisses dient. Auch hat sie weder im Wege eines selbständigen Klagebegehrens, noch einredeweise die Nichtigkeit des Patentes Nr. 6676 behauptet; sondern sie hat lediglich bestritten, dass mittelst des patentierten Apparates und des angewendeten Materials und Verfahrens feste und dauerhafte, insbesondere frostbeständige Steine fabriziert werden können, welche alle Eigenschaften eines Natursteines haben. Eine Gewährspflicht nach dieser Richtung folgt nun aber weder aus allgemeinen Grundsätzen über die Haftbarkeit des Veräusserers bei Abtretung von Rechten, noch kann sie als stillschweigende Bedingung des konkreten Vertrags angenommen werden, wie des Nähern ausgeführt wird. (Entsch. v. 4. Juni 1897 in Sachen v. Muralt c. Maschinenbaugesellschaft Basel.)

---

**101.** *Bundesgesetz betr. den Schutz der gewerblichen Muster und Modelle vom 21. Dezember 1888, Art. 1, 3, 4, 6, 7, 18, 19 Ziffer 1, 20 22. Die Hinterlegung eines gewerblichen Musters begründet die Vermutung, dass das Muster* ***neu*** *und der Hinterleger dessen Urheber sei. — Die erneuerte Hinterlegung eines bereits hinterlegten Musters durch einen Dritten vermag den Rechten des ersten Hinterlegers nicht zu präjudizieren. — Einrede- oder replikweise Geltendmachung der Nichtigkeit eines Musters. — Kriterien für Beurteilung der Frage, ob eine unerlaubte Nachbildung eines Musters vorliege. — Unzulässigkeit zivilrichterlicher Strafandrohungen für zukünftige Uebertretungen des Nachbildungsverbotes.*

1. Nicht der Hinterleger eines gewerblichen Musters hat die Neuheit desselben zu behaupten und zu beweisen, sondern demjenigen, welcher dasselbe nachgemacht oder nachgeahmt hat und deshalb belangt wird, fällt die Behauptungspflicht und der Beweis zu, dass mangels der Neuheit die Hinterlegung resp. die Registrierung nicht hätte erfolgen sollen. Denn die Hinterlegung und Registrierung des Musters erzeugt für den Hinterleger die Vermutung, dass das Muster neu und dass er der Urheber desselben sei. Allerdings ist diese Vermutung im Bundesgesetz betreffend den Muster- und Modellschutz nicht — wie im Markenschutzgesetze — ausdrücklich ausgesprochen; allein sie folgt aus den Art. 1, 3, 4, 6, 7 und 18 desselben, indem nach diesen Gesetzesbestimmungen der Musterschutz, wie der Markenschutz und der Patentschutz, durch die Hinterlegung und Registrierung des Musters begründet, und die Bestreitung der Neuheit oder der Urheberschaft des Hinterlegers (in Art. 7) denjenigen überlassen wird, welche ein Interesse dafür nachweisen.

2. Bei der Frage, ob eine unzulässige Nachahmung eines geschützten Musters vorliege, kommt nicht bloss eine sklavische Nachbildung in Betracht, sondern es kommt darauf an, ob der Beklagte einfach die gleichen ästhetischen Gedanken verwertet, oder nur ein einzelnes Motiv des klägerischen Musters in freier Weise zur Herstellung eines neuen Musters benutzt habe, so dass dieses neue Muster auf einem eigenen schöpferischen Gedanken des Beklagten beruht; denn nach Art. 19 Ziffer 1 des Bundesgesetzes betreffend die gewerblichen Muster und Modelle fällt unter die Bestimmungen des vorhergehenden Art. 18 nicht die freie Benützung einzelner Motive eines Musters oder Modells zur Herstellung eines neuen Musters oder Modells. Abänderungen dagegen, welche nur bei besonderer Aufmerksamkeit wahrgenommen werden können, oder nur das Verfahren betreffen, jedoch nicht verhindern, dass die Nachbildung den gleichen ästhetischen Eindruck macht, wie das Original, machen die Nachbildung nicht zu einer erlaubten.

3. Wenn dasselbe gewerbliche Muster von zwei verschiedenen Personen und zu verschiedenen Zeiten hinterlegt wird, so kann die spätere Hinterlegung dem wohlerworbenen Rechte des frühern Hinterlegers nicht präjudizieren, und daher nicht zur Folge haben, dass der spätere Hinterleger, so lange sein Muster nicht nichtig erklärt worden ist, gegen das nach Art. 3 des Musterschutzgesetzes aus der Hinterlegung resultierende Verbietungsrecht des ältern Hinterlegers gedeckt ist;

denn sonst wäre es auch dem bösgläubigen Nachbildner eines geschützten Musters ein Leichtes, die gesetzlichen Folgen seiner unerlaubten Nachbildung durch Hinterlegung desselben Musters von sich abzuwälzen, da die Eintragung oder Registrierung eines hinterlegten Musters ohne irgend welche Prüfung der Neuheit oder Urheberschaft stattfindet. Ein späterer Hinterleger, welcher in Kenntnis der Identität des Musters und der früheren Hinterlegung desselben durch den Urheber ein Muster hat registrieren lassen oder welcher später, nach seiner Hinterlegung, von der früheren Registrierung Kenntnis erhalten, und sein Muster dennoch gewerblich verwertet hat, unterliegt demnach den in Art. 18 ff. leg. cit. vorgesehenen civil- und strafrechtlichen Folgen, sofern nicht etwa die ältere Hinterlegung nichtig erklärt wird. Fragen könnte sich nur, ob nicht vor der Verurteilung des Nachbildners dessen Muster nichtig erklärt werden müsse; indessen hat das Bundesgericht bereits in seiner Entscheidung in Sachen Salquin c. Bund (A. S. Bd 22 S. 639) ausgesprochen, dass nach schweizerischem Rechte die Nichtigkeit eines Patentes nicht nur auf dem Wege der Klage, sondern auch auf dem Wege der Einrede geltend gemacht werden könne, und das gleiche muss auch für den Muster- und Modellschutz gelten, da beide Gesetze im Wesentlichen von den gleichen Gesichtspunkten ausgehen, und den Schutz der Muster und der Erfindungen formell und materiell im Wesentlichen ganz gleich gestalten. Kann aber die Nichtigkeit eines Patentes oder Musters mittelst Einrede geltend gemacht werden, so kann dies auch mittelst Replik geschehen.

4. Art. 22 des Bundesgesetzes über Muster und Modelle vom 21. Dezember 1888 hat nur vorsorgliche Verfügungen nach Anhebung der Klage und vor Erlass des Hauptturteils im Auge und Art. 20 leg. cit. giebt dem Richter keine Befugnis, für künftige Uebertretungen des Verbotes der Nachahmung eines geschützten Musters eine bestimmte Strafe anzudrohen, sondern nur das Recht, resp. die Pflicht, die in diesem Artikel angedrohten Strafen im gegebenen Falle anzuwenden. Der bezüglichen Entscheidung des Strafrichters kann durch ein Civilurteil nicht vorgegriffen, und muss daher die im Urteile der Vorinstanz aufgestellte Strafandrohung aufgehoben werden. Dieselbe ist bereits im Gesetze enthalten und deren Ausmessung im einzelnen Falle steht lediglich dem Strafrichter zu. (Entsch. v. 19. Juli 1897 i. S. Angstmann u. Jacoby c. J. L. Fischer Söhne.)

**102.** *B.-Ges. betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, Art. 83. Natur der Aberkennungsklage. Behauptungs- und Beweispflicht bei derselben. Im Aberkennungsprozesse ist lediglich über den Bestand des streitigen Anspruchs, nicht aber darüber zu entscheiden, ob dieser sich zur Eintreibung auf dem Schuldbetreibungswege eigne und ob die provisorische Rechtsöffnung mit Recht erteilt worden sei; über diese Fragen haben ausschliesslich die Betreibungsbeamten und die Aufsichtsbehörden in Betreibungs- und Konkurssachen zu entscheiden.*

1. Die Aberkennungsklage, als rein prozessualisches Gebilde, als eine Art des (prozessualischen) Rechtsschutzanspruchs, ändert lediglich die Parteirollen, nicht aber die Behauptungs- und Beweislast; die allgemeinen Grundsätze über die Beweislast, wonach derjenige, der einen Anspruch behauptet, die denselben begründenden Thatsachen, derjenige, der den Anspruch leugnet, die rechtshindernden und die rechtsaufhebenden Thatsachen zu beweisen hat, finden auch auf die Aberkennungsklage, wie auf die Feststellungsklage überhaupt Anwendung; Sache des Aberkennungsbeklagten, der den abzuerkennenden Anspruch behauptet, ist es, die denselben begründenden Thatsachen und dessen Vorhandensein in seiner Person zu beweisen (vgl. auch Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen Bd IX S. 337).

2. Die Aberkennungsklage des Art. 83 B. Ges. betreffend Schuldbetreibung und Konkurs hat lediglich die Aberkennung der Forderung, die Feststellung der Nichtexistenz derselben, nicht aber die Aufhebung der provisorischen Rechtsöffnung zum Zwecke; die Frage, ob für die Forderung die provisorische Rechtsöffnung mit Recht erteilt worden, ob die Forderung überhaupt auf dem Wege der Schuldbetreibung geltend gemacht werden und ob für sie Rechtsöffnung verlangt werden könne, gehört ausschliesslich in die Kognition der Betreibungsbeamten und deren Aufsichtsbehörden, sodass das auf Aufhebung der provisorischen Rechtsöffnung gerichtete klägerische Begehren jedenfalls nicht gutgeheissen werden kann. In der Aberkennungsklage hat nun der Kläger alle Verteidigungsmittel, welche ihm gegen die Forderung zustehen, anzuführen, der Beklagte alle Angriffsmittel vorzubringen, und das Gericht hat alle diese Angriffs- und Verteidigungsmittel zu würdigen, sofern sie für das Endurteil von Erheblichkeit sind; es kann die Erfüllung, die Leistung des Aberkennungsklägers, auch an eine vorgängige oder Zug um Zug zu machende Gegenleistung des Gläubigers knüpfen. Ob sich die streitige Forderung in diesem Falle ohne weite-

res oder nur unter bestimmten Voraussetzungen zur Eintreibung auf dem Schuldbetreibungswege eignet, ist, wie bemerkt, vom Richter im Aberkennungsprozesse nicht zu untersuchen. (Entsch. v. 10. Juli 1897 i. S. Siegfried c. Schwob-Rueff.)

---

**103.** *B.-Ges. betr. Schuldbetreibung und Konkurs, Art. 287 Ziffer 3. Zahlungen, welche ein insolventer Schuldner innerhalb der letzten sechs Monate vor Eröffnung des Konkurses auf noch nicht verfallene Wechselschulden geleistet hat, sind auch dann nach Art. 287 Ziffer 3 cit. anfechtbar, wenn der Schuldner sich das Recht vorbehalten hatte, die Wechsel (unter Berechnung eines Sconto) vor Verfall einzulösen. Denn wesentlich für den Thatbestand des Art. 287 Ziffer 3 ist, dass der Gläubiger im Zeitpunkte der Zahlung Erfüllung zu fordern nicht berechtigt war. Die Befugnis des Schuldners, vor Verfall zu zahlen, ist gleichgültig.* (Entsch. v. 20. Juli 1897 i. S. Masse Weisslitz c. Picard.)

---

## B. Entscheide kantonaler Gerichte.

---

**104.** *Assurance contre les accidents prise par le patron en sa faveur et en celle de ses employés. Contrat en faveur de tiers. Prescription. Art. 128, 154 C. O.*

**Genève.** Jugement de la Cour de justice civile du 26 juin 1897 d. l. c. Mestre c. la Winterthour.

Mestre, employé chez le mécanicien Schmidt, a été victime d'un accident au cours de son travail. Débouté de sa demande contre son patron, par le motif que cet accident a été la conséquence d'une faute de sa part, il a formé une autre instance contre la Compagnie d'assurance „la Winterthour“, basé sur les stipulations d'une police d'assurance contractée par son patron, aux termes de laquelle les indemnités garanties le seraient non seulement au profit du souscripteur de la police, mais également au profit de ses ouvriers. La Winterthour a soutenu qu'aucune obligation n'avait été stipulée par Schmidt en faveur de Mestre, et qu'il n'existait aucun lien de droit entre elle et M.; éventuellement, que plus d'une année se serait écoulée entre le moment de l'accident et l'intentat de la présente instance, se basant soit sur les prescriptions des lois fédérales sur la responsabilité des fabri-

cants, soit sur une clause de la police qui déclare que toute action judiciaire est prescrite par douze mois. La Cour a écarté ces deux moyens d'exception.

Motifs: 1° L'art. 4 de la police garantit, au profit de l'ouvrier, les indemnités fixées d'avance pour chaque catégorie de sinistres professionnels pouvant atteindre les personnes assurées, que la responsabilité du patron soit ou non engagée. Par cette assurance, la Compagnie s'engage à payer à toute personne assurée les indemnités garanties. Ces stipulations ne comportent pas d'autre interprétation que celle qu'elles contiennent une stipulation faite par Schmidt au profit de ses ouvriers qu'il met au bénéfice de l'assurance contractée par lui, les mettant en droit de réclamer une indemnité pour le cas où sa responsabilité civile ne serait pas engagée. Aux termes de l'art. 128 C. O. Mestre est donc recevable à réclamer personnellement l'exécution de l'obligation contractée à son profit par Schmidt.

2° Il est constant que Mestre a reçu, après l'accident, et dans un délai de moins d'une année avant l'intentat de la première instance, une série d'acomptes, payés par Schmidt et avancés par lui pour le compte de la Winterthour, qui les lui a remboursés. La police stipule que toute action judiciaire est prescrite par douze mois à compter du jour de l'accident. Des termes employés, il résulte qu'il ne s'agit pas, ici, d'un délai préfixe, non susceptible de prorogation, mais d'une véritable prescription de même délai que celle prévue par les lois sur la responsabilité civile. Il suit de là que ce délai peut être prorogé par un acte interruptif de la prescription, notamment, comme cela a été le cas en l'espèce, par une reconnaissance de la dette, par le paiement d'acomptes (art. 154 C. O.).

(La Semaine judiciaire. XIX p. 462 ss.)

---

**105.** *Engagement d'une montre escroquée. Revendication du propriétaire contre le créancier gagiste. Art. 206 et 213 C. O.*

**Vaud.** Jugement de la Cour de cassation pénale du 13 août 1897 dans le recours Dupertuis.

A. Fayet, au nom de la fabrique d'horlogerie „A la bonne heure" à Genève, a porté plainte contre Théophile Garni pour escroquerie ayant consisté à retirer à la poste, au nom de Ketterer, une montre en or, expédiée à ce dernier par la fabrique, montre que Garni avait vendue ensuite à un sieur Keller, qui l'avait engagée au Mont-de-Piété de Lausanne.

Cette montre fut séquestrée par le juge au Mont-de-Piété. A l'audience du Tribunal de police, G. Dupertuis, gérant de la Banque de prêts sur gages de Lausanne, s'est porté partie civile et a conclu à ce qu'il soit prononcé qu'il est maintenu au bénéfice de son droit de gage sur la montre, et que le séquestre de cette montre est levé. Fayet a revendiqué de son côté la propriété de la montre. Le Tribunal a reconnu Garni coupable d'escroquerie et l'a condamné à deux mois de réclusion; il a en outre ordonné la restitution de la montre à Fayet, par le motif que l'art. 206 C. O. doit s'appliquer aussi aux choses escroquées, sans qu'il y ait pour cela interprétation extensive, l'escroquerie étant un délit du même genre que le vol. Dupertuis a recouru contre ce jugement et la Cour a admis le recours et alloué à Dupertuis sa conclusion.

Motifs: Considérant que les exceptions concernant les choses volées ou perdues (qui dérogent au principe énoncé par l'art. 205 et l'art. 213 C. O.) doivent être interprétées restrictivement.

Qu'à ce point de vue déjà on ne saurait étendre cette exception, notamment pas aux choses escroquées ou à celles à l'égard desquelles le disposant a commis un abus de confiance.

Considérant, en outre, que la distinction que fait la loi entre les choses perdues ou volées et celles parvenues de toute autre manière illégitime en la possession du disposant, repose sur le fait que, pour les premières, il n'intervient aucun consentement de la part du propriétaire dans la perte de la détention de la chose.

Que si la loi protège contre les tiers de bonne foi ceux qui ont perdu la détention de la chose sans consentement de leur part, elle leur préfère au contraire les tiers acquéreurs ou gagistes, alors que la chose n'est plus dans la détention du propriétaire du consentement de celui-ci.

Considérant qu'en l'espèce la montre est parvenue à Garni par escroquerie, que la fabrique en a volontairement abandonné la détention et qu'elle n'a pas été volée à la poste.

Que dès lors la maison expéditrice ne saurait se mettre au bénéfice de l'art. 206 C. O.

Considérant (quant à la bonne foi de l'acquéreur gagiste) que la bonne foi se présume.

Que c'est à celui qui veut se prévaloir de la mauvaise foi de l'acquéreur ou du créancier gagiste à en rapporter la preuve.

Que Fayet lui-même n'a pas prétendu que Dupertuis fût de mauvaise foi lors de l'engagement de la montre par Keller.

(Journal des Tribunaux, XLV p. 605 ss.)

**106.** *Bürgschaft für ein auf bestimmten Termin rückzahlbares Darlehen, ob auf bestimmte Zeitfrist eingegangen? Art. 503 O. R.*

**Glarus.** Urteil des Obergerichts vom 12. April 1897.

Es lag folgende Darlehensurkunde mit Bürgschaft vor:

Unterzeichneter bescheint von N. M. in bar leihweise empfangen zu haben achthundert Franken, welchen Betrag ich verspreche Martini 1889 nebst treffendem Zins zu 4 ¼ % zurückzubezahlen.

M. L.

B., den 1. Dezember 1888.

Als Bürg und Zahler verpflichtet sich

M. St.

Das Darlehen war Martini 1889 nicht zurückbezahlt, dagegen bis Dezember 1894 regelmässig verzinst worden. Im Januar 1896 betrieb der Gläubiger den Hauptschuldner für Kapital und Zins erfolglos. Darauf belangte er den Bürgen; dieser wandte ein, seine Bürgschaftsverpflichtung sei mit Martini 1889 erloschen. Das Obergericht verurteilte ihn.

Motive: Massgebend ist das Schriftliche, die Obligation selbst. Nach deren Wortlaut wurde eine Fälligkeit wohl für die Schuldverpflichtung, nicht aber auch zugleich für die Bürgschaft festgesetzt. Daraus ergiebt sich, dass die vom Bürgen eingegangene Bürgschaft auf unbestimmte Zeit geleistet war (vgl. Entsch. des Bundesger. v. 25. Mai 1888 i. S. Mathey c. Hoffmann Zwinck & Cie).

Nach Art. 503 O. R. stand es im Ermessen des Bürgen, sich von der Bürgschaftsverpflichtung zu befreien. Die hiefür erforderlichen Schritte hat er nicht gethan. Es lag weder im Interesse noch in der Pflicht des Gläubigers, den Bürgen auf allfälliges Risiko aufmerksam zu machen. Die Folgen des in dieser Sache seitens des Beklagten beobachteten Gehenlassens sind nun eingetreten und hat er sich solche selbst zuzuschreiben.

(Amtsbericht des Obergerichts des K. Glarus von Mai 1896 bis Mai 1897, S. 36 ff.)

---

**107.** *Firmenrecht und illoyale Konkurrenz. Schliesst das Recht auf Führung einer Firma die Annahme einer dadurch bewirkten illoyalen Konkurrenz aus? Art 867 f., Art. 50 O. R.*

**Zürich.** Urteil des Handelsgerichts vom 18. Juni 1897 i. S. Naphtali Levy c. G. Naphtaly.

Gustav Naphtaly betreibt seit etwa 25 Jahren in Zürich einen Verkaufsladen für Herren- und Knabenkleider. Naphtali (Vorname) Levy (Familienname) seinerseits liess sich am 21. April 1896 ins Handelsregister als Inhaber der Firma N. Levy, Manufakturwaren und Konfektion eintragen, bezog

ein Geschäftslokal, das sich wie das des G. Naphtaly als Laden für Herren- und Knabengarderobe darstellt, schräg gegenüber dem dieses letzteren, und änderte am 5. Mai 1897 seine Firma in „Naphtali Levy“ ab. G. Naphtaly wollte sich das nicht gefallen lassen, darauf klagte Levy gegen ihn auf Anerkennung seines Rechtes, die Firma Naphtali Levy zu führen, und G. Naphtaly hinwiederum erhob eine Widerklage dahingehend, dass dem Levy der Gebrauch des Namens Naphtali (ausgeschrieben) in seiner Firma untersagt werde, gestützt auf Art. 867, 868 und 876 O. R. Das Handelsgericht hat den Widerbeklagten verpflichtet, seine Firma in N. Levy abzuändern und sich des Gebrauchs des ausgeschriebenen Vornamens Naphtali in der Firma zu enthalten.

Motive: Vom Standpunkt des Firmenrechts, führt das Urteil aus, sei die vom Kläger neu gewählte Firma Naphtali Levy nicht unzulässig. Sie enthalte die persönlichen Namen des Inhabers und entspreche somit dem Art. 867 O. R. Art. 868 treffe nicht zu, weil er eine Uebereinstimmung des bürgerlichen Namens (Familiennamens) voraussetze. Ueberhaupt sei im Firmenrechte der Satz anerkannt, dass jedermann zur Verwendung seines eigenen Vor- und Familiennamens bei Bildung der Firma befugt sei, sofern die Unterscheidung von einer älteren Firma auf andere Weise, z. B. schon durch die Stellung der Namen, genügend deutlich gemacht sei.

Dagegen sei der Kläger zur Führung der neuen Firma nicht berechtigt, weil er sie offenbar in der Absicht gewählt habe, dem Beklagten auf diese Weise eine illoyale Konkurrenz zu machen. Er habe damit bezweckt, durch beim Publikum hervorgerufene Verwechslungen dem Beklagten einen Teil seiner Kundschaft zu entziehen.

„Hiebei erhebt sich nun allerdings die weitere Frage, ob in einem Falle der vorliegenden Art — auf Täuschung des Publikums berechnete Bildung einer Firma — in Ergänzung der Grundsätze über das Firmenrecht diejenigen über illoyale Konkurrenz zur Anwendung gelangen können, oder ob nicht jene hiefür ausschliesslich massgebend seien. — Das zürcher. Handelsgericht hat die Frage schon wiederholt im ersteren Sinne — der Zulässigkeit beider Gesichtspunkte — beantwortet (vgl. Handelsr. Entsch. Bd XIV S. 286, und Bd XVI S. 78). Dagegen hat allerdings das Bundesgericht in verschiedenen Entscheidungen den Satz ausgesprochen, dass für die Frage, ob jemand zur Führung einer Firma berechtigt sei, ausschliesslich die betreffenden Spezialbestimmungen des O. R. (Art. 865 ff.) massgebend seien und dass die Anwendbarkeit von Art. 50 ff.

auf solche Fälle ausgeschlossen sei (vgl. B.-G. Entsch. Bd XXI S. 229, Erw. 2, S. 600 Erw. 2).

Allein es scheint doch fraglich, ob dieser Satz in seiner Allgemeinheit festgehalten und als unbedingt richtig anerkannt werden könne; gerade ein Fall wie der vorliegende dürfte vielleicht auch der obersten Instanz zu einer nochmaligen Nachprüfung der geäusserten Ansicht im Sinne der Modifikation oder Revision derselben Veranlassung bieten, ähnlich wie dies auf einem verwandten Gebiete bezüglich des Verhältnisses des Markenschutzgesetzes zur illoyalen Konkurrenz in jüngster Zeit geschehen ist (vgl. B.-Ger. Entsch. Bd XXII S. 91 und 587).

Jedenfalls wird eine derartige einschränkende Interpretation kaum aus der bewussten Absicht des Gesetzes oder aus dessen Entstehungsgeschichte hergeleitet werden können. — Bekanntlich sind die firmenrechtlichen Vorschriften des schweizerischen Obligationenrechts im wesentlichen denjenigen des deutschen Handelsgesetzbuches nachgebildet, das diese Materie erstmals in umfassender Weise gesetzlich regelte, und insoweit bezwecken sie allerdings wohl eine erschöpfende Normierung der materiellen Grundsätze des Firmenrechts. Daneben hat aber das Obligationenrecht in Art. 50 ff. das allgemeine Rechtsprinzip sanktioniert, dass jedermann für die Folgen widerrechtlicher Schädigung haftbar gemacht werden könne, und die gerichtliche Praxis hat, im Anschluss an die moderne Rechtsanschauung — wie sie namentlich und zuerst in der französischen Judicatur zum Ausdrucke gelangt ist — auf Grund dieser Gesetzesbestimmung einen weitgehenden Schutz gegen ein ungehöriges und der guten Sitte widerstreitendes Verhalten im Verkehrsleben (sogen. illoyale Konkurrenz) gewährt. — Gewiss war man sich bei Erlass des Gesetzes nicht bewusst, dass der Schutz, der durch die Spezialnormen des Firmenrechts gewährt wird, unter Umständen weniger weit gehe, als er aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatze des Art. 50 sich ergiebt, über dessen Tragweite, wie sie sich in der seitherigen Praxis entwickelt hat, man wohl überhaupt beim Erlass des Gesetzes noch keine deutliche Vorstellung hatte. — Hieraus aber die Folgerung zu ziehen, dass die Anwendung des dem Art. 50 zu Grunde liegenden Rechtssatzes vor den Thoren des Firmenrechts Halt zu machen habe, dass also das letztere etwas, was nach allgemeinem Rechte als unerlaubt gilt, auf seinem Gebiete als erlaubt erkläre und so gewissermassen ein privilegiertes Delikt schaffe, kann doch schwerlich im Sinne des Gesetzes liegen; auch das Firmen-

recht verdankt ja seine Entstehung dem Bestreben, auf dem Gebiete des Verkehrs die Postulate der Wahrhaftigkeit und Ehrlichkeit zu verwirklichen, und es ist deshalb kein Eingriff in seine natürliche Sphäre, wenn es aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die den nämlichen Zweck verfolgen, ergänzt wird. Seine positiven Rechtssätze behalten trotzdem ihre Bedeutung als objektiv massgebende Normen, an die sich der Verkehr auch da zu halten hat, wo eine widerrechtliche Absicht nicht in Frage kommt."

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch., XVI S. 243 ff.)

Anmerkung der Redaktion. Wir stellen zu diesem Entscheide nur die eine Frage: Wenn eine Handlung nach spezieller Gesetzesbestimmung erlaubt, also nicht rechtswidrig ist, wie kann sie nach „allgemeinem Rechte" noch rechtswidrig sein? In casu: Wenn die Firma Naphtali Levy, nach Art. 867 ff. O. R. zulässig ist, also kein Recht des G. Naphtaly verletzt, somit doch auch wohl, selbst wenn sie für letzteren eine unbequeme Konkurrenz involviert, keine concurrence déloyale ist, wie kann sie dennoch als solche verfolgt werden? Der Sport, den man jetzt mit der concurrence déloyale treibt, geht über alles Mass.

Der vorliegende Entscheid könnte begründet scheinen, wenn unser Obligationenrecht den Satz des § 826 bürg. G.-B. f. d. Deutsche Reich enthielte: „Wer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem Andern vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem Andern zum Ersatze des Schadens verpflichtet." Glücklicherweise haben wir diesen Satz nicht, der geeignet ist, das Rechtsleben zu verwirren und selber wieder der Chikane Vorschub zu leisten durch Aufmunterung zu frivoler Anfechtung der korrektesten Rechtshandlungen (z. B. Miet-, Dienstvertrags-, Kapitalaufkündungen), sobald deren sittlicher Beweggrund vielleicht nicht ganz vorwurfsfrei ist.

---

# I. Alphabetisches Sachregister.

# II. Gesetzesregister.

# III. Register nach Kantonen geordnet.



